

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

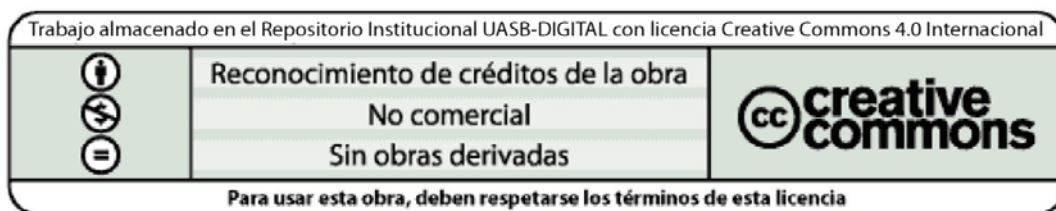
Mención Derecho Internacional Económico

**Régimen jurídico de la inversión extranjera directa para la promoción
de la energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador**

Vinicio Alejandro Caiza Villagómez

Tutor: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Vinicio Alejandro Caiza Villagómez, autor/a de la tesis intitulada “Régimen jurídico de la inversión extranjera directa para la promoción de la energía renovable en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 31 de Octubre de 2018

Firma:

Resumen

La Inversión Extranjera Directa – IED no es un fenómeno nuevo en el mundo, pero en los últimos años ha tomado gran importancia puesto que este flujo de capitales ha permitido desarrollar proyectos a grande y mediana escala que los Estados por sí solos no hubieran podido ejecutar. De igual manera, además de los beneficios económicos que representa la localización de capital, la IED también conlleva la transferencia de conocimiento y tecnología para el Estado receptor. Por este motivo, se ha hecho el cuestionamiento respecto al aporte de la IED al desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente a través de proyectos de energía renovable de fuentes no convencionales.

En el primer capítulo se analiza la relación existente entre la protección del ambiente y la consecución de los objetivos económicos de los Estados, la tensión existente entre la explotación de los recursos naturales y el avance económico del Estado. En este contexto, se analiza el papel que tiene la IED para contribuir a solventar esta tensión y los instrumentos jurídicos con los cuales se puede apoyar.

En el segundo capítulo, se enfoca el tratamiento de la IED en general en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el fin de examinar las fortalezas y debilidades del sistema ecuatoriano para ofrecer seguridad jurídica para la promoción y protección de la IED en el Ecuador, puesto que no solo la energía renovable sino otros bienes y servicios verdes pueden contribuir al desarrollo sustentable del país. Aquí, se han de revisar algunas falencias en el sistema de promoción y protección de IED, entre ellos la falta de desarrollo normativo que regule de manera efectiva este tipo de inversiones en otras áreas además de la productiva.

Finalmente, en la tercera parte del trabajo se ha hecho un enfoque directo a lo que corresponde a la IED para el desarrollo sustentable, en específico para las energías renovables de fuentes no convencionales. A nivel mundial, la tendencia es promocionar la energía renovable de fuentes no convencionales dejando a un lado aquellas de fuentes no renovables y el Ecuador al contar con gran potencial de este tipo de fuentes, debe analizar la posibilidad de primero, disminuir y terminar el uso de fuentes no renovables para la generación de energía; y, segundo, convertirse en un país que ofrezca garantías para el inversor en este tipo de proyectos. Por ello, también se ha analizado la normativa ecuatoriana para determinar el grado de confiabilidad que posee el país como Estado receptor para este tipo de proyectos.

maï rotayě

Lo que sabemos

Mi infinito agradecimiento. Surupa.

M.M.V

K.C.V

S.C.V

M.C.R.

ZIOBAIN

A.M.A

N.M.D.

R.M.F.

J.E.M.

A.P.C.

Índice

Resumen	5
Capítulo I	
Perspectiva ambiental de la inversión extranjera directa	15
1. Definición de Inversión Extranjera Directa e “Inversión Extranjera Directa Verde”	17
2. Perspectiva ambiental de la inversión extranjera directa.....	23
i) La protección de la naturaleza, impulso al desarrollo sustentable y fomento del crecimiento económico	28
3. La protección ambiental y el tratamiento de la inversión extranjera directa en la Constitución de la República del Ecuador	30
4. La Inversión Extranjera Directa como mecanismo de protección de la naturaleza en el Ecuador	33
Capítulo II	
Aspectos fundamentales de la inversión extranjera directa y su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	35
1. La preferencia por la inversión nacional en el contexto constitucional ecuatoriano	35
2. Riesgos para la IED	39
3. Falencias para la protección de la IED en el Ecuador.	46
4. Mecanismos de protección de la IED	48
i) Contratos de inversión y estabilidad tributaria	52
ii) Acuerdos Internacionales de Inversión.....	56
5. Principales incentivos para la IED en Ecuador	62
Análisis político y económico	62
Análisis normativo	63
6. Elementos fundamentales para construir un régimen jurídico favorable para la IED en el Ecuador	65
Capítulo III	
La IED para energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador	69
1. Definiciones.....	74
i) Energía renovable	74
Bioenergía y biomasa	75

Energía solar	76
Energía eólica	76
Energía geotérmica	77
Oceánica.....	77
Hidroeléctrica	78
2. Exploración de la normativa ecuatoriana para la promoción de IED en el sector de energía renovable.....	78
3. Mecanismos para incentivar la IED en energía renovable	84
i) Propuesta de instrumentos para garantizar la IED en energía renovable. ...	90
Feed-in tariff.....	90
Subastas públicas	93
4. La seguridad jurídica para las inversiones extranjeras directas en energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador.....	96
Conclusiones	100
Bibliografía	104

Índice de Matrices

MATRIZ 1. DESAFÍOS DE LA IED CON EL AMBIENTE	23
MATRIZ 2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE	26
MATRIZ 4. RIESGOS PARA LA IED - RIESGO POLÍTICO	41
MATRIZ 5. LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL ECUADOR	43
MATRIZ 6. RIESGOS PARA LA IED - RIESGO ECONÓMICO	44
MATRIZ 7. FALENCIAS NORMATIVAS EN EL ECUADOR PARA LA PROTECCIÓN DE LA IED	46
MATRIZ 8. CRITERIOS DEL TRATO JUSTO	49
MATRIZ 9. CONTRATOS DE INVERSIÓN EN EL ECUADOR	53
MATRIZ 10. SISTEMA AII	59
MATRIZ 11. ASPECTOS RELEVANTES PARA IED EN EL ECUADOR	63
MATRIZ 12. SEGURIDAD JURÍDICA OFRECIDA POR LA LOSPEE	82
MATRIZ 13. DIRECTRICES LEGALES Y CONSTITUCIONALES SOBRE IED EN ENERGÍA RENOVABLE	85
MATRIZ 14. INCENTIVOS A LA IED EN ECUADOR - INCENTIVOS TRIBUTARIOS	87
MATRIZ 15. INCENTIVOS A LA IED EN ECUADOR - ACCESO A LA RED	87
MATRIZ 16. INCENTIVOS A LA IED EN ECUADOR - INSTRUMENTOS REGULATORIOS	88
MATRIZ 17. INCENTIVOS A LA IED EN ECUADOR - FINANCIERO	88
MATRIZ 18. INCENTIVOS A LA IED EN ECUADOR - OTROS INCENTIVOS	89
MATRIZ 19. FEED-IN-TARIFF	90

Capítulo I

Perspectiva ambiental de la inversión extranjera directa

El Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, resalta en el Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2003, que “[...] con su enorme potencial para crear empleos, aumentar la productividad, mejorar las exportaciones y transferir tecnología, la inversión extranjera directa es un factor vital en el desarrollo económico a largo plazo de los países en desarrollo del mundo.”¹ De igual manera, el actual Secretario General, Antonio Guterres, en el Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2017, sostiene que “[...] para lograr avances en materia de desarrollo sostenible —y una paz duradera— se requiere más inversión en infraestructuras básicas, energía, agua y saneamiento, mitigación del cambio climático, salud y educación, así como en capacidad productiva para generar empleo y un crecimiento de los ingresos.”²

La inversión extranjera directa - IED ha permitido que se hayan estimulado las oportunidades de negocio en el área de infraestructura, puesto que los países que reciben estos flujos de capital necesitan modernizar sistemas de energía, transporte, abastecimiento de agua y telecomunicaciones, para lo cual han de buscar apoyo en proyectos de financiamiento privado con participación extranjera, siendo además la IED una de las fuerzas motoras de la globalización.³

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo determina que los flujos financieros externos hacia las economías en desarrollo del 2016 se estimaron en 1,4 billones de dólares en 2016, siendo la IED la corriente financiera externa más importante, y una de las menos volátiles, hacia los países en desarrollo.⁴ Dice además que las consideraciones de desarrollo sostenible hacen que las políticas de inversión sean más complicadas y multifacéticas, reflejando los enfoques con los que las sociedades y los gobiernos responden a los efectos de la globalización. Por ello es necesario un “[...] régimen creíble de inversión basado en reglas que goce de un amplio apoyo internacional

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2003* - (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2003), iii.

² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2017: Inversión y economía digital* - (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2017), iii.

³ Escher, Alfred, “Foreign Direct Investment”. En *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*. Ed. Daniel Bradlow y Alfred Escher (La Haya: Kluwer Law International, 2011), 6

⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2017: Inversión y economía digital*, 11.

y que tenga como objetivo la sostenibilidad y la inclusividad, pudiendo así reducir la incertidumbre y mejorar la estabilidad de las relaciones de inversión.”⁵

En este marco de IED y desarrollo sustentable, existe la propuesta de una inversión extranjera directa baja en carbono que según la UNCTAD es aquella “[...] transferencia de tecnología, prácticas o productos de las ETN (empresas transnacionales) a los países receptores por medio de su participación accionarial (IED) y no accionarial que hace que las operaciones de las empresas transnacionales y las relacionadas con éstas, así como la utilización de sus productos y servicios, generen emisiones de GEI (gases efecto invernadero) considerablemente menores que las que habrían generado de no mediar esa transferencia. La inversión extranjera de bajo carbono también incluye la IED destinada a adquirir o acceder a tecnologías, procesos y productos bajos en carbono.”⁶ De igual manera, como grupo madre de este tipo inversiones, debemos destacar a la IED “verde” (“Green Foreign Direct Investment” por sus siglas en inglés) que no es sino aquella referente a actividades que consideran muchos más aspectos ambientales que las bajas en carbono.⁷ Dentro de estas categorías de inversiones, la UNCTAD ha incluido a la inversión en generación de energía limpia que incluye a la energía solar, eólica, geotérmica e hídrica.⁸

La energía, en todas sus facetas, es uno de los recursos más valiosos y el principal motor de las economías, además de constituirse en el más grande, importante y rentable negocio del mundo. Por ello, la demanda de energía está creciendo rápidamente y por ende la inversión en la misma. Los inversores en el sector de la energía se han enfocado en la seguridad del suministro y en la adquisición de nuevos recursos. Así también, el aumento dramático de la demanda ha tenido un impacto en la manera en que la energía es llevada a los nuevos mercados.⁹

Los países en desarrollo o subdesarrollados que no cuentan con capital y tecnología suficientes para el desarrollo de estos proyectos han sido los que han buscado mecanismos de transferencia de los inversores extranjeros, siendo el sector energético el que ha provisto de mayores oportunidades para el flujo de dichos capitales y transferencia

⁵ Ibid. 22

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010: Invertir en una economía de bajo carbono* - (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2010)

⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Advisory Series. Series A, number 7. Promoting low-carbon investment* (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2013): 2

⁸ Ibid. 3

⁹ Mustafa Erka, *International Energy Investment Law. Stability through Contractual Clauses* (La Haya: Kluwer Law International): 23

de conocimiento. De todo el sector energético, la exploración y explotación de hidrocarburos ha sido el que más auge ha tenido, pese a ser un fenómeno complejo que ha tenido además un efecto político y ambiental sobre los contratantes.¹⁰

Antes de realizar el análisis respecto a la naturaleza de la IED en general y su tratamiento específico en lo relativo a la energía renovable de fuentes no convencionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se hará en los capítulos dos y tres respectivamente, en este primer capítulo se explorará las distintas definiciones de IED, la relación – tensión existente entre la protección de la naturaleza y los intereses económicos de los estados, así como la importancia que tiene la IED en el desarrollo sustentable de las economías mundiales y en específico en la economía ecuatoriana.

1. Definición de Inversión Extranjera Directa e “Inversión Extranjera Directa Verde”

Debemos iniciar aclarando que no existe una sola definición de lo que es una IED, sino que por el contrario existen diversas manifestaciones de autores y organismos que han tratado de delimitarla, debiendo también considerarse las definiciones que los Estados han dado en su ordenamiento jurídico interno. Por ello, es oportuno señalar lo que Bralow y Escher dicen al respecto:

Una definición de IED determina el alcance y la aplicabilidad de una norma interna o de un instrumento legal internacional. Dicha definición tiene propósitos prácticos, que dependen fundamentalmente del interés económico y de los objetivos políticos. Generalmente, uno puede distinguir entre una definición amplia o cerrada de IED. Los países exportadores de capital típicamente tienen un interés en proteger la inversión extranjera realizada por sus nacionales. Consecuentemente, ellos favorecerán una amplia definición que la proteja lo más posible. Los países importadores de capital tradicionalmente quieren mantener lo más posible la soberanía para poder regular la inversión extranjera. Como resultado, ellos pueden apoyar una definición cerrada de IED con el propósito de minimizar sus obligaciones de liberalización en un acuerdo internacional. Muchos instrumentos internacionales de inversión tienden a preferir una definición de IED amplia y basada en los activos en vez de una definición cerrada y basada en la empresa.¹¹

De manera general, son varios los autores, organismos e instrumentos internacionales que han ensayado una definición de IED, sin que hasta el momento se haya logrado alcanzar una definición única. Para el desarrollo del presente trabajo, se

¹⁰ Ibid. 4-5.

¹¹ Daniel Bradlow y Alfred Escher, edit. *Legal Aspects of Foreign Direct Investment* (La Haya: Kluwer Law International, 2011): 3-4.

considerará las definiciones de algunos organismos internacionales vinculados a la materia, así como lo señalado por distintos autores expertos en el tema, para poder entender el concepto y los elementos que constituyen la IED y posteriormente analizar la normativa ecuatoriana que la regula para poder compararla con elementos del derecho comparado.

En principio, la Organización Internacional del Comercio (WTO por sus siglas en inglés) considera que existe una IED cuando “[...] un inversor con sede en un país (el país emisor) adquiere acciones en otro país (el país receptor) con la intención de controlar dichas acciones. El aspecto del control es lo que distingue a la IED de la inversión de portafolio en las bolsas extranjeras de valores, bonos y otros instrumentos financieros internacionales”.¹²

El Fondo Monetario Internacional determina que la IED es una categoría de las inversiones internacionales que refleja el objetivo de una entidad residente en una economía de mantener un interés duradero en una empresa residente en otra economía (la entidad residente es el inversor directo y la empresa es la de inversión directa).¹³

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- define a la IED como:

[...] una categoría de inversión transfronteriza que realiza un residente de una economía (el inversor directo) con el objetivo de establecer un interés duradero en una empresa (la empresa de inversión directa) residente en una economía diferente de la del inversor directo. La motivación del inversor directo es establecer una relación estratégica de largo plazo con la empresa de inversión directa para garantizar un nivel significativo de influencia por parte del inversor en la gestión de la empresa de inversión directa.¹⁴

La Comunidad Andina, mediante la Decisión 291, de 21 de marzo de 1991, determina que una IED comprende:

“[...] los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes

¹² Nota de prensa de la Organización Mundial de Trabajo, No. 57, de 9 de octubre de 1996. “Trade and Foreign Direct Investment”. Tomado de la página web de la Organización Mundial del Comercio https://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm

¹³ Fondo Monetario Internacional, *Balance of Payments Manual Fifth Edition (BPM5)* (Washington D. C.: Fondo Monetario Internacional, 1993): 86.

El interés permanente implica la existencia de una relación de largo término entre el inversor directo y la empresa, así como un significativo grado de influencia del inversor en el manejo de la empresa. La inversión extranjera compromete no solo la relación inicial que establece dicha relación entre el inversor y la empresa, sino que también y subsecuentemente las transacciones existentes entre ellos y las demás empresas afiliadas, sean o no sean incorporadas.

¹⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Definición marco de IED*, 4ta. Ed. (OCDE, 2010): 12.

físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.”

Como lo han determinado varios autores, la IED no solo abarca el capital, sino también otro tipo de transferencias, lo que incluye a los bienes físicos o tangibles, así como las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones.

Friedland explica que una IED se da cuando un inversor de un país adquiere y administra un capital en un país distinto, que generalmente ocurre cuando una compañía en un país está activamente involucrada en un negocio localizado en otro país.¹⁵ Las inversiones extranjeras directas comprenden aquellos aportes realizados desde el extranjero, de una persona natural o jurídica extranjera, al capital de una empresa; inversiones reexportables en moneda local, y, reinversiones.¹⁶ Pero no solo son recursos financieros los que proveen la IED, sino también en muchas ocasiones son recursos gerenciales, tecnológicos y acceso a nuevos mercados.¹⁷

Sornarajah sostiene que la IED implica la transferencia de los activos tangibles e intangibles de un país a otro con el propósito de generar riqueza bajo el control total o parcial de la propiedad de los activos. La transferencia de la propiedad física, sea el equipo o la propiedad que se compra o se construye, como las plantaciones o las plantas de fabricación, constituyen la IED.¹⁸

Bradlow y Escher indican que la IED es un tipo de financiamiento internacional, que en general, son flujos que cruzan las fronteras persiguiendo distintos objetivos, que pueden provenir tanto de recursos públicos como privados, siendo este último financiamiento internacional privado el vinculado a la IED pues está dirigido por un motivo lucrativo.¹⁹

¹⁵ Jerold A. Friedland, *International Business and Financial Transactions*, 4ta ed. (Chicago: Matthew Bender & Company / LexisNexis, 2014): 271.

¹⁶ Marcela Anzola Gil, Las normas de inversión en el Marco de la Comunidad Andina y G-3, 56. En Philippe De Lombaerde, *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997): 47-91

¹⁷ Willy Van Rijkeghem y Fernando Quevedo, “IED en América Latina: una revisión de sus determinantes domésticos”, 289. En Philippe De Lombaerde, *Ibid.*, 289-301.

¹⁸ M. Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 2da. Ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004): 7.

¹⁹ Bradlow y Escher, *Legal Aspects*, 20.

La IED es una clase de inversión internacional que implica una relación a largo plazo y refleja un interés duradero en el control de una entidad residente en una economía (inversionista directo extranjero o empresa matriz) de una empresa residente en otra economía (empresa de IED o de una filial empresa o filial extranjera).²⁰

Por otro lado, la Decisión 291 de la Comunidad Andina determina que una empresa extranjera es aquella constituida en el país receptor con un capital de inversionistas nacionales inferior al cincuenta y uno por ciento.²¹ Sobre este porcentaje de capital, Gustavo Prieto señala que se debe al control que el inversionista extranjero posee sobre la inversión, del cual se desprende la administración del activo en el Estado receptor, utilizando en la práctica para fines estadísticos la regla del 10%, que implica la presunción de la intención de control y administración de la IED.²² Por ello, la misma Decisión 291 concluye que el control y dirección de la empresa determina la calidad de empresa extranjera, pues aun cuando el capital del inversionista nacional sea superior, este no se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa, considerándose que quien tiene la dirección es el inversor extranjero y por ende es una IED.²³

Existen dos modalidades de inversión extranjera. Por un lado, se conoce como IED, cuando el inversor extranjero adquiere y controla los activos adquiridos en el Estado receptor. Por otro, cuando de manera pasiva posee activos, pero no los controla, como por ejemplo acciones internacionales, bonos u otros instrumentos financieros, la inversión es conocida como de portafolio.²⁴

En el plano nacional, debemos considerar lo dictado por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones²⁵ puesto que rige para todas las personas naturales y jurídicas que desarrollen una actividad productiva en el país. El COPCI da tres definiciones²⁶ que recogen los elementos esenciales desarrollados por los distintos

²⁰ Aikaterini Kokkinou y Ioannis Psycharis, "Foreign Direct Investment: Explaining the Regional Location Determinants in South-Eastern European Countries", en George M. Korres, edit., *Regionalism, Growth, and Economic Integration* (Heidelberg: Physica-Verlag, 2007): 101-03.

²¹ Decisión 291 de la Comunidad Andina, 21 de marzo de 1991, art. 1. En adelante, se cita a esta Decisión como Decisión CAN 291.

²² Gustavo Prieto, "Evolución del derecho internacional de las inversiones: hacia un régimen global estable", 8. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre, 2012) (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012): 7-8.

²³ Decisión CAN 29, art. 1.

²⁴ Friedland, *International Business*, 271.

²⁵ Ecuador: "Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones", Registro Oficial Suplemento No. 351, de 29 de diciembre de 2010. En adelante se cita este Código como COPCI.

²⁶ El COPCI en su artículo 13 da las siguientes definiciones: inversión productiva considerada como el flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes

autores y organismos internacionales: un inversor de nacionalidad extranjera con un capital inicial situado en una economía distinta a la ecuatoriana para emprender una industria, empresa o negocio. Sin embargo, no se hace una distinción expresa si es una IED o de portafolio, pero por los elementos antes mencionados se colige que es una IED. Tampoco se especifica el porcentaje que requiere para determinar el control, únicamente se refiere a la inversión que se encuentre controlada por personas extranjeras domiciliadas en el Ecuador. El COPCI también determina como inversión extranjera a aquella que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador²⁷, por lo que se entendería que si una persona natural o jurídica ecuatoriana, recibe el capital o recurso del extranjero, se considera como inversión extranjera. En caso de préstamos internacionales para un inversionista ecuatoriano, no se puede considerar como una inversión extranjera ya que quien controla la actividad es la persona ecuatoriana dentro del territorio nacional.

Por su parte, el Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y los mecanismos e instrumentos de fomento productivo determina nueve²⁸ maneras de inversión en el Ecuador basado en el capital, manejo o control de empresas ecuatorianas, administración de bienes inmuebles y operaciones en el país, sin que se realice alguna diferencia entre inversión nacional o extranjera.²⁹ No constituyen IED la inversión de créditos, endeudamiento por operaciones comerciales ni créditos gubernamentales.³⁰

De todos estos conceptos y definiciones, se concluye que una IED se conforma por los siguientes elementos:

- Un inversor de nacionalidad extranjera, propietario de un capital inicial en una economía, con voluntad de ingresarlo a otra economía;

de trabajo en la economía nacional, independientemente de los tipos de propiedad; inversión nueva que implica el flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo; e, inversión extranjera entendida como aquella de propiedad o controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador.

²⁷ *Ibíd.*, art. 13, inc. 2.

²⁸ Según el Reglamento COPCI el inversor extranjero puede en el Ecuador invertir en: participación en el capital de una compañía; adquisición de aportes o derechos sobre el capital de una compañía; adquisición de derechos patrimoniales de fideicomisos mercantiles; títulos de participación de procesos de titularización; adquisición de bienes inmuebles y muebles tangibles; derechos contractuales; derechos conferidos por ley como licencias, autorizaciones y permisos; Contribuciones tecnológicas intangibles; y, reinversión.

²⁹ Ecuador: Presidencia de la República, “Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y los mecanismos e instrumentos de fomento productivo”, en Registro Oficial No. 450 (Quito, 17 de mayo de 2011): art. 12. En adelante, se cita a este Reglamento como RCOPCI.

³⁰ *Ibíd.*

- Al menos dos países o economías, uno como país emisor de ese capital y otro como país receptor de esa inversión;
- Un capital situado en una economía distinta a la economía donde se piensa invertir en la industria o negocio;
- Una industria, empresa o negocio, del cual el inversor extranjero tiene la voluntad de ejercer y mantener el control por encima el 10% de las acciones.

Respecto a la “IED verde”, aún no existe una definición única, pero se ha determinado que esta puede permitir a los responsables de la formulación de políticas y otros evaluar si la IED contribuye a los objetivos ambientales y la manera en cómo lo hace, permitiendo así adoptar estrategias para ecologizar esos flujos financieros.³¹

Sin embargo, ha habido algunos intentos para definir el concepto de “IED verde” como el caso de la UNCTAD que determina como aquella que “[...] 1) aplica estándares ambientales más altos que los exigidos por la ley del país anfitrión, o 2) entra en la producción de bienes y servicios ambientales (BSA).”³²

Por su parte, la OECD describe que la “IED verde” incluye:

a) infraestructura verde y ecologización de la infraestructura existente; b) la gestión sustentable de los recursos naturales y los servicios que esos recursos brindan (por ejemplo: pesca, bosques, vida silvestre y turismo basado en la naturaleza, productividad del suelo, seguridad hídrica y minerales); y, c) actividades dentro del sector de bienes y servicios ambientales, y en segmentos enteros de cadenas de valor ecológicas (por ejemplo: industrias tradicionales ascendentes o intermedias que producen insumos intermedios para la fabricación de energía solar fotovoltaica o eólica, entre otros) y la ecologización de las cadenas de valor existentes.³³

El reto de dar una definición única de “IED verde” radica en que muchos bienes y servicios tienen diversos usos, unos más amigables con el ambiente que otros. Debe anotarse también que una empresa transnacional puede producir productos de los cuales solo unos pocos son “verdes” y que, además, la actividad económica verde no está relacionada en específico con un bien o servicio en particular, sino con una tecnología o proceso amigable con el ambiente. Por este motivo, las definiciones de “IED verde” se enfocan a estos dos aspectos: 1) industrias y servicios verdes; y, 2) procesos ambientales.³⁴

³¹ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Green Foreign Direct Investment in developing countries* (Ginebra: UNEP, 2017): 10

³² *Ibíd.* 12

³³ *Ibíd.* 13

³⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Defining and Measuring Green FDI. An exploratory review of existing work and evidence* (Paris: OECD, 2011):16

La IED como herramienta para abordar los desafíos del cambio climático y promover el desarrollo ambientalmente sostenible es del interés de todas las naciones y de las partes interesadas. Por ello, tiene una vital importancia la IED y en especial la "IED verde", puesto que: 1) va más allá de las normas ambientales nacionales; y, 2) permite la producción directa de bienes y servicios ambientales en los países receptores. Dicha "IED verde" puede fomentarse a través de medidas políticas e incentivos efectivos tanto a nivel nacional como internacional, como son las oportunidades de inversión que surgen del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL).³⁵

De las definiciones revisadas de inversión extranjera directa como de “inversión extranjera directa verde”, se desprende la importancia que tienen no solo por el flujo de capital, sino de transferencia de procesos y tecnologías a los Estados receptores que en este caso de análisis se busca contribuyan a la protección del medio ambiente y a los objetivos económicos y de desarrollo sustentable.

2. Perspectiva ambiental de la inversión extranjera directa

Si bien el aumento de flujos de capital de las inversiones extranjeras directas beneficia al desarrollo y crecimiento económico de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, conlleva también una implicación de orden social y ambiental para aquellos países receptores. Enfocados netamente al aspecto ambiental, la IED presenta importantes retos para los ambientalistas y el Derecho ambiental internacional que, según Hunter y Porter, se pueden dividir en cinco categorías que se muestran en la siguiente matriz:

Matriz 1. Desafíos de la IED con el ambiente

De lo local a lo global: control y responsabilidad local sobre los recursos	Participación y control local para opciones de desarrollo frente al poder de las corporaciones multinacionales. ³⁶
Escala y velocidad de la economía global actual	Todo producto químico y otras tecnologías o productos potencialmente peligrosos deben revisarse para determinar el impacto ambiental antes de que se produzcan y distribuyan en cantidades masivas. ³⁷
Distribución de tecnologías ambientalmente peligrosas e inapropiadas	Prohibición de ciertos tipos de inversiones hasta que se implementen y apliquen los controles ambientales y públicos adecuados. ³⁸
Estándares dobles entre estados receptores y emisores de IED	Disparidad en la operación de las empresas en los países receptores y en los países emisores planteando problemas morales y éticos.

³⁵ Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, *Creating an institutional environment conducive to increased foreign investment and sustainable development* (Accra: Naciones Unidas, 2008): 4

³⁶ Daniel Bradlow y Alfred Escher, edit. *Legal Aspects of Foreign Direct Investment* (La Haya: Kluwer Law International, 2011): 162-163

³⁷ *Ibid.* 163

³⁸ *Ibid.* 163

	Posible previo control de las exportaciones de tecnologías y bienes prohibidos a nivel nacional, o la imposición de estándares mínimos de la industria a las corporaciones multinacionales. ³⁹
Competitividad y bajo denominador común	La competencia por atraer IED podría generar que los países en vías de desarrollo sacrifiquen estándares ambientales y de salud pública por lo que algunas normas y leyes ambientales nacionales mínimas deberían ser un requisito previo para la apertura comercial y la inversión. ⁴⁰

Fuente: Daniel Bradlow y Alfred Escher

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Se evidencia que existen riesgos ambientales que deben asumir los Estados receptores y que, dependiendo en el tratamiento y regulación interna, lo pondrán en ventaja o desventaja competitiva con otros Estados que reduzcan sus estándares para así atraer flujos de capital de la IED.

Es interesante la postura de Sornarajah al decir que el auge de los derechos humanos y protección ambiental puede constituirse en un elemento desestabilizador para la IED puesto que el Estado receptor al enfrentarse a una violación de dichos derechos por parte del inversor extranjero, puede acogerse al derecho de intervenir dicha empresa o corporación. Este aumento del reconocimiento y protección de derechos humanos y protección del ambiente puede socavar el objetivo de la protección de la inversión mediante dicha intervención. Estas prioridades sobre los derechos humanos y la protección ambiental pueden superponerse a los intereses de protección de la inversión en ciertas circunstancias específicas.⁴¹

Sin embargo, este mismo autor identifica a la empresa multinacional – inversor extranjero, como un actor dominante con poder económico y respaldo de su país de origen, que puede influir en el curso político y económico de los países receptores. De igual forma, poseen la capacidad y el poder para moldear el derecho de las inversiones extranjeras a su favor a través de la influencia de sus países de origen en el diseño de estas normas de manera directa o a través de las agencias y organismos internacionales. No puede desconocerse la acusación que se hace respecto al ocultamiento que hace la ley del rol de las corporaciones multinacionales en cuanto sus obligaciones y responsabilidades, y peor aún, el otorgamiento de más derechos a las mismas.⁴²

Es comprensible entonces que, de este y todos los autores revisados para esta investigación, no se desarrollen específicamente las responsabilidades que tiene el

³⁹ Ibid. 164

⁴⁰ Ibid. 164-165

⁴¹ Sornarajah, *International Law*, 86

⁴² Ibid., 67-69

inversor extranjero, llámese corporación o empresa transnacional o multinacional. De igual manera, no existe un tratamiento específico sobre los riesgos que asume a modo “personal” o propio en sus proyectos o inversiones en el país receptor.

Sin embargo, pueden mencionarse las conclusiones a las cuales llega Salgado Levy respecto a la legalidad de las inversiones para su protección de los tratados internacionales de inversiones, que de cierta manera ofrecen una guía sobre las responsabilidades de los inversores en el país receptor y que se relacionan a la legalidad y validez de las inversiones durante su etapa de admisión y establecimiento. Esta determinación se refiere a la exigencia que toda inversión sea realizada de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado receptor para que sea beneficiaria de la protección brindada por los tratados internacionales de inversión.⁴³

Basados en la exigencia para las inversiones extranjeras de sujetarse y respetar el ordenamiento jurídico interno, corresponde al Estado receptor construir dicho ordenamiento no solo con el fin de ofrecer certeza y seguridad a los inversionistas extranjeros como se verá en el segundo capítulo, sino que además le corresponde mediante la normativa interna regular y proteger el ambiente y los recursos naturales.

Soro indica que el Derecho, en específico el Derecho administrativo, tiene vital importancia y transcendencia en la lucha contra la contaminación y protección de los recursos naturales mediante una ordenación de los mismos y de las conductas que tienen incidencia sobre estos. Lo ha hecho mediante la incorporación de nuevas actuaciones e instrumentos no coercitivos dirigidos a la protección, preservación y conservación de carácter generalmente voluntario que hoy en día han empezado a tener un carácter obligatorio para ciertas actividades. Adicionalmente, se han desarrollado otras medidas preventivas como el estímulo de conductas respetuosas con el ambiente dirigidas a impedir el daño ambiental. Finalmente, señala estos instrumentos coexisten con las soluciones jurídicas de carácter represivo para situaciones de reparación por daños ambientales ya causados. La intervención normativa del Derecho en cuanto a la protección del ambiente se desarrolla a través de técnicas tradicionales de policía

⁴³ Claudia Salgado Levy, “La Legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones”. Foro: Revista de Derecho, No. 18 (II Semestre, 2012) (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012): 130-132

administrativa a través de instrumentos preventivos, como autorizaciones y licencias, y de un régimen sancionador como un instrumento represivo.⁴⁴

Yábar desarrolla de manera más amplia estos instrumentos jurídicos que permiten proteger el ambiente, mismos que se han sistematizado⁴⁵ de la siguiente manera:

Matriz 2. Instrumentos jurídicos para la protección del ambiente

Instrumento	Naturaleza	Ejemplo	Aplicación	Efecto
Regulatorios, administrativos, legislativos o de control directo	Medidas institucionales destinadas a regular productos y procesos de producción y/o restringir ciertas actividades.	Reglamentos, licencias, normas de calidad, estándares, niveles máximos y mínimos, entre otros.	Obligatoriedad del sistema administrativo o jurisdiccional	Influencia en el comportamiento de los contaminadores.
Económicos	Incentivos monetarios para la toma de decisiones voluntarias (no coercitivas) en los contaminadores	Tasas y cánones, ayudas financieras, créditos de emisiones, tarifas.	Mediante señales económicas en el mercado como estímulos financieros.	Método coste-beneficio: 1) seguir contaminando y pagando; 2) Establecer sistemas de reducción de contaminación al interior de la empresa sustituyéndole por una mejor ambientalmente; o, 3) destinar parte de sus ganancias a investigación de procesos productivos menos contaminantes.
De carácter voluntario	Internación en la conciencia de los contaminadores la importancia de un ambiente adecuado y la responsabilidad de su estado.	Auditorías medioambientales.	1. Aplicación simultánea con instrumentos regulatorios: procesos de negociación. 2. Mecanismos directos e indirectos de presión y/o persuasión por parte de las autoridades.	1. Alta flexibilidad. 2. Obtención de objetivos de mejora ambiental vinculados a actividades de producción, transporte y distribución de productos altamente contaminantes. 3. Generación de tecnológicas reductoras de contaminación, financieramente adecuadas, sin incremento de costes.

Fuente: Ana Yábar Sterling

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

⁴⁴ Soro Mateo, Blanca. “El derecho administrativo y la protección del medio ambiente”. En *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Coord. Teresa Vicente Giménez. Madrid: Trotta, 2002, p. 163-167

⁴⁵ Ana Yábar Sterling, “Aspectos económicos básicos acerca de la protección del medio ambiente”, en Yábar Sterling, Ana, directora. *La protección fiscal del medio ambiente: aspectos económicos jurídicos*. Madrid: Ediciones Jurídicas Sociales, 2002, p. 127-131

El conjunto de políticas e instrumentos regulatorios para lograr un objetivo ambiental a menudo genera una dificultad para determinar su efectividad particular. No todas tienen resultados satisfactorios, por lo que es necesario realizar un test que examine si dicho instrumento es en realidad necesario en el sentido de que no existen otras medidas menos restrictivas que podrían abordar los problemas ambientales. Un examen veraz para concluir la efectividad de un instrumento regulador para alcanzar un objetivo ambiental en particular tendría que abordar una amplia gama de efectos tales como las implicaciones para terceros, en relación con el resultado de la participación pública y la integración en el sistema.⁴⁶

Son varios los instrumentos con los que cuentan los Estados para la protección del ambiente, pero como Yábar lo dice, citando a Brown, Postel y Flavin, son las políticas fiscales las más poderosas para reorientar el comportamiento económico, sobretodo al suplir los impuestos de ingreso por impuestos ambientales se viabilizaría el cambio a una economía sustentable desde un espectro ambiental.⁴⁷

Esteve Pardo cataloga en dos categorías a los tributos ambientales por su finalidad:

1. Incentivadores o modificadores de conductas que tienen como fin presionar a través de un gravamen económico el desincentivo de actividades contaminantes como vertidos o materias primas para industrias y simultáneamente, para incentivar actividades y tecnologías de menor impacto ambiental o tecnologías limpias que no son gravadas con este tipo de impuestos como, por ejemplo, ciertos sectores de generación de energía; y,
2. De recuperación de costes que se dirigen a la financiación de obras y servicios, asemejándose a las tasas y contribuciones especiales, debido a que gravan el aprovechamiento de distintos bienes públicos como el agua, o por la prestación de ciertos servicios de carácter medioambiental, como la recolección de basura.⁴⁸

Como se notará en los dos siguientes capítulos, el Estado ecuatoriano ha optado de manera general por los instrumentos regulatorios para la protección del ambiente y escasamente los voluntarios, como es el caso del Punto Verde proporcionado por el Ministerio de Agricultura. De igual manera, se verificará que son pocos los instrumentos de protección de medio ambiente utilizados por el Gobierno ecuatoriano en el marco de

⁴⁶ Åsa Romson, "International Investment Law and the Environment", en Marie-Claire Cordonier Segger et al, EDIT., *Sustainable Development in World Investment Law*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2011, 44.

⁴⁷ Ibid., 68

⁴⁸ José Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición (Madrid: Marcial Pons, 2008): 76-79

la IED en el sector de energía renovable de fuentes no convencionales y que a su vez podrían fomentar este tipo de flujos.

i) La protección de la naturaleza, impulso al desarrollo sustentable y fomento del crecimiento económico

El desarrollo incontrolado y la explotación agresiva de los recursos naturales podrían agotarlos definitivamente. Son recursos que no se pueden renovar y que en caso de agotarse podría provocar un colapso del consumo con una repercusión en las sociedades que han abusado de ellos. Además del agotamiento de los recursos naturales, las consecuencias no deseadas del desarrollo económico incontrolado afectan negativamente a las condiciones de vida. Lo peor que puede ocurrir si se mantiene esta carrera agresiva, es quedarnos sin nada, sin recursos naturales. Desde el aspecto económico, es necesario preservar los recursos naturales puesto que el ritmo de explotación avanza más rápido que la renovación de los mismos.⁴⁹

Rosembuj es claro al decir que la noción de ambiente, desde su matriz ecológica que incluye los factores abióticos y bióticos, permite vincular el bien ambiental como una categoría jurídica unitaria, que se caracteriza primordialmente por su conservación esencial para los seres vivos, la diversidad biológica y su utilización, económica o social.⁵⁰ Añade que “la noción de bien ambiental es clave para definir una construcción inmaterial que asciende desde la cosa a lo inmaterial de la categoría del bien jurídico protegido, cuya vocación a la fruición colectiva prevalece sobre la apropiación u obliga, justamente, a regímenes jurídicos que, desde el dominio o propiedad, permitan la conservación del bien ambiental para la satisfacción de su goce colectivo.”⁵¹

Este bien ambiental es un bien jurídico seleccionado constitucionalmente, consolidándose como un bien jurídico autónomo, englobando elementos y factores coadyuvantes a su configuración inmaterial. Muestra de ello es la configuración de los delitos contra el ambiente, tanto de peligro como de daño, dando lugar al equilibrio ambiental.⁵²

Tanto los ordenamientos jurídicos nacionales como el internacional se enfrentan al dilema entre progreso económico y la protección del ambiente y de los recursos

⁴⁹ Ana Yábar Sterling, Aspectos económicos básicos, pag. 32-35

⁵⁰ Tulio Rosembuj, *Los Tributos y la protección del Medio Ambiente* (Madrid: Marcial Pons, 1995): 16.

⁵¹ *Ibíd.*, 20

⁵² *Ibíd.*, 21

naturales, intereses a veces contrapuestos que deben ser ponderados por los poderes públicos. Por esta razón, las normas jurídicas han promovido de un lado el desarrollo económico y por otro conservar la naturaleza. En este sentido, se ha visto necesario la restricción de la antes libertad ilimitada de aprovecharse de dichos recursos, sin que se convierta en una limitación arbitraria sino de conservación real de la naturaleza.⁵³

Por ello, los recursos naturales se han convertido en bienes ambientales objeto de protección jurídica, surgiendo además la duda sobre cuan intensa debe ser dicha protección que deriva en la limitación de la libertad para disponer de los recursos naturales, así como la modificación de los parámetros de crecimiento económico para lograr un desarrollo económico, significando en este último caso un costo económico significativo pues requiere sustituir toda tecnología contaminante por aquellas más limpias.⁵⁴

El término desarrollo sustentable se utilizó por primera vez en el Informe “Nuestro futuro común” de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, preparado para las Naciones Unidas en el año 1987. El Capítulo Segundo del mencionado informe define al desarrollo sustentable en los siguientes términos:

“Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. El concepto de desarrollo duradero [sustentable o sostenible] implica límites -no límites absolutos, sino limitaciones que imponen a los recursos del medio ambiente el estado actual de la tecnología y de la organización social, la capacidad de la biósfera de absorber los efectos de las actividades humanas [...]”⁵⁵

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sostiene que el desarrollo sostenible busca el equilibrio entre las dimensiones económica, ambiental y social del desarrollo en un largo plazo y con perspectiva global. Esto implica un amplio panorama del bienestar de la humanidad, una perspectiva a largo plazo sobre las consecuencias de las actividades del presente y la plena participación de la sociedad civil para llegar a soluciones viables.⁵⁶

⁵³ Ana Yábar Sterling, Aspectos económicos básicos, pag. 35-38

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Informe nuestro futuro común* (New York: Organización de las Naciones Unidas, 1987): 23.

⁵⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Work on Sustainable Development* (París: OCDE, 2011): 3.

Cordonier añade que también debe considerarse tres factores inherentes al concepto de desarrollo sustentable: desarrollo económico y desarrollo social o desarrollo de los derechos humanos, así como la protección ambiental.⁵⁷

Como ya se ha dicho anteriormente, la IED y en específico la “IED verde” pueden colaborar con este objetivo puesto que además del flujo de capital, son capaces de proveer de conocimiento y tecnologías más limpias y amigables con la naturaleza.

El reto actual que la comunidad mundial enfrenta es la necesidad imperiosa de incrementar los flujos de inversión para fortalecer el desarrollo sustentable en los países en desarrollo, razón por la cual se ha generado una fuerte tendencia en el mercado internacional y en las inversiones extranjeras el incorporar los principios de desarrollo sustentable y de protección de la naturaleza en las políticas económicas internacionales, negociaciones y acuerdos, así como la inclusión de innovaciones sustantivas y procedimentales en el marco de las acuerdos comerciales y de inversiones.⁵⁸

3. La protección ambiental y el tratamiento de la inversión extranjera directa en la Constitución de la República del Ecuador

A diferencia de la Constitución Política del Ecuador – CPE de 1998, la Constitución de la República - CRE del 2008, fundamentándose en el Sumak Kawsay o Buen Vivir, ha dado un distinto tratamiento a las áreas de medio ambiente, el desarrollo sustentable y el uso de energías alternativas.

El texto constitucional de 1998, a diferencia del de 2008, daba a la naturaleza el tratamiento como de un derecho más, al igual que el derecho a la propiedad o al trabajo. Si bien el Estado tenía como deber primordial la defensa del patrimonio natural y protección del medio ambiente,⁵⁹ la CPE consideró al medio ambiente como otro derecho, dentro de los derechos colectivos, al cual los habitantes tenían acceso, por lo que el Estado ecuatoriano debía proteger y garantizar su ejercicio. Así, la CPE protegía el derecho de la población “a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, añadiendo que garantizaba la preservación de la naturaleza y que era de interés público la preservación del medio ambiente y el manejo sustentable de los recursos naturales.⁶⁰ De igual manera, existía la responsabilidad y deber de los ciudadanos en territorio

⁵⁷ Cordonier et all, Sustainable development, 6.

⁵⁸ Ibid., 102

⁵⁹ CPE, art. 3, núm. 3.

⁶⁰ Ibid., art. 86.

ecuatoriano de preservar el medio ambiente y utilizar los recursos naturales de modo sustentable.⁶¹

En el marco del deber del Estado ecuatoriano de proteger el medio ambiente y fomentar el desarrollo sustentable, la CPE mantenía como un objetivo permanente de la economía el desarrollo ambientalmente sustentable,⁶² el fomento de la ciencia y tecnología dirigida a mejorar el manejo de sustentable de los recursos naturales,⁶³ así como la promoción de energías alternativas no contaminantes y los respectivos estímulos para quienes realicen acciones ambientalmente sanas.⁶⁴

No obstante haberse mencionado que no existía una restricción para la IED en territorio ecuatoriano, debe considerarse que la CPE reconocía el derecho de los pueblos indígenas al uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales localizados en sus tierras,⁶⁵ por lo que tanto el Estado como el inversor extranjero debían tomar en cuenta este aspecto al momento de localizar un proyecto IED.

Luis Fernando Macías sostiene que, con la expedición de la Constitución de la República del año 2008, el medio ambiente se constitucionaliza como una situación política precisa y se consagra como un derecho fundamental, al cual el Estado está obligado a proteger y los ciudadanos en un deber de protección. Añade que esta incorporación se debe también a temas económicos puesto que el medio ambiente se encuentra ligado a la economía, configurando un nuevo esquema de desarrollo en el que se debe suplir las demandas de la sociedad y enfrentarse a un desarrollo tecnológico incontrolable.⁶⁶ Es apropiado citar textualmente sus palabras al respecto:

El desarrollo económico y tecnológico sin ningún tipo de control, pone en riesgo la existencia del hombre en la Tierra. Se hace necesario conciliar la tensión existente entre el desarrollo y el medio ambiente, de lo contrario se llegaría a la autodestrucción del modelo económico, causado por una sobreutilización y explotación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

El desarrollo económico y tecnológico sin ningún tipo de control, pone en riesgo la existencia del hombre en la Tierra. Se hace necesario conciliar la tensión existente entre el desarrollo y el medio ambiente, de lo contrario se llegaría a la autodestrucción del modelo económico, causado por una sobreutilización y explotación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.⁶⁷

⁶¹ *Ibíd.*, art. 97, núm. 16.

⁶² *Ibíd.*, art. 243, núm. 1.

⁶³ *Ibíd.*, art. 80.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 89.

⁶⁵ *Ibíd.*, art. 84, núm. 4.

⁶⁶ Luis Fernando Macías Gómez, “El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional.” En *Iuris Dictio: Revista de Derecho*, Vol. 12, Núm. 14 (2011) (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2011): 153.

⁶⁷ *Ibíd.*, 153-154.

Con esta incorporación en la CRE, surge también la cuestión sobre si la naturaleza es un sujeto de derecho pues varios artículos así lo desarrollan: como sujeto de derechos reconocidos en la Constitución;⁶⁸ la Pachamama tiene derecho a que se respete su existencia y toda persona puede exigir el cumplimiento de sus derechos;⁶⁹ posee derecho a la restauración;⁷⁰ es deber de los ecuatorianos respetar los derechos de la naturaleza, preservar el medio ambiente y utilizar los recursos naturales racional, sustentable y sosteniblemente;⁷¹ y el Estado tiene como deber principal garantizar los derechos de la naturaleza.⁷² Sin embargo, Macías sostiene también que lo que en realidad realiza la CRE es “[...] reconocer a la naturaleza como una entidad jurídica que amerita protección y para ello es necesario reconocer algunos derechos, pero sin que esto la convierta en un sujeto de derecho”.⁷³

Este reconocimiento constitucional que se da a la naturaleza da mayor importancia a los aspectos relativos a la protección del medio ambiente,⁷⁴ la promoción del desarrollo sustentable⁷⁵ y el uso de tecnologías limpias y de energías renovables no contaminantes, tanto en el sector público como privado.⁷⁶

También es interesante notar que uno de los principios ambientales reconocidos en la CRE reúne casi todos los elementos incluidos en las definiciones de desarrollo sustentable, ratificando una vez más el valor que el constituyente ha dado a la naturaleza:

“1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”⁷⁷

En lo que respecta al Régimen de Desarrollo,⁷⁸ se da un tratamiento transversal de la soberanía energética en la política económica,⁷⁹ política comercial⁸⁰ y en las políticas

⁶⁸ CRE, art. 10.

⁶⁹ *Ibíd.*, art. 71.

⁷⁰ *Ibíd.*, art. 72.

⁷¹ *Ibíd.*, art. 83, núm. 4.

⁷² *Ibíd.*, art. 277, núm. 1.

⁷³ Macías, *El constitucionalismo ambiental*, 160.

⁷⁴ *Ibíd.*, art. 3, num. y 7, art. 14.

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 3, num. 5.

⁷⁶ *Ibíd.*, art. 15.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 395, num. 1.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 275.

⁷⁹ *Ibíd.*, art. 284, num. 3.

⁸⁰ *Ibíd.*, art. 304, num. 4.

de fomento a la producción nacional.⁸¹ Al darle una gran importancia al área energética, se entiende por qué el Estado central se reserva de manera exclusiva las competencias sobre los recursos energéticos⁸² y considerar a la energía en todas sus formas como parte de los sectores estratégicos.⁸³ Aun cuando existe esta reserva sobre el sector estratégico de energía, hay la posibilidad de que el inversor extranjero pueda participar en la misma mediante una delegación excepcional.⁸⁴

Todas estas anotaciones nos permiten llegar al punto más importante de este trabajo que es el tratamiento de la energía renovable y que la CRE lo hace de manera clara y precisa al decir que el Estado “promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.⁸⁵ Si bien no existe un desarrollo más amplio en la CRE respecto a las energías renovables, el citado artículo da un respaldo jurídico para poder fortalecer e incentivar proyectos en los cuales el inversor extranjero pueda dirigir su capital.

4. La Inversión Extranjera Directa como mecanismo de protección de la naturaleza en el Ecuador

En este primer acercamiento a lo que se refiere a la IED, se puede concluir que no solo permite el flujo de capitales al Estado receptor para su crecimiento económico, sino que también permite alcanzar objetivos ambientales y de desarrollo sustentable a través de la transferencia de tecnologías limpias. Mas en concreto, hoy en día se habla de una “IED verde” que se preocupa efectivamente de la consecución de estos objetivos.

Esta preocupación se ha basado, a criterio del autor, en la relación tensionada y hasta desventajosa entre el medio ambiente y el avance económico de los Estados que hasta hace poco consideraban únicamente la explotación irracional de sus recursos para el beneficio y crecimiento económico. Sin embargo, se ha demostrado que la naturaleza es objeto de protección y que existen varios instrumentos que el Derecho debe usarlos para poder efectivamente defenderla y preservarla. Dentro de estos instrumentos, los de

⁸¹ Ibid., art. 334, num. 4.

⁸² Ibid., art. 261, num. 11.

⁸³ Ibid., art. 313.

⁸⁴ Ibid., art. 316.

⁸⁵ Ibid., art. 413.

tipo económico han sido los que mayor efectividad han tenido en la regulación de la conducta humana para que no abuse indiscriminadamente de los recursos naturales.

Quedan sentadas las ideas básicas de protección del ambiente y el rol de la IED en este objetivo, por lo cual en los siguientes capítulos se podrá analizar específicamente el tratamiento de la IED en el Ecuador y posteriormente su enfoque a la energía renovable de fuentes no convencionales.

Capítulo II

Aspectos fundamentales de la inversión extranjera directa y su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Con lo repasado en el primer capítulo respecto a la importancia que tiene la IED para la protección de la naturaleza y consecución de un desarrollo sostenible de los países en desarrollo, así como los mecanismos e instrumentos que se han de utilizar para alcanzar dichos objetivos, en la presente sección se procederá a realizar un recorrido y análisis sobre el tratamiento que el Estado ecuatoriano da a las inversiones en general, puesto que en el siguiente capítulo se enfocará estrictamente al tema de energía renovable.

En este sentido, se revisarán los elementos principales que un Estado debe ofrecer al inversor extranjero para ofrecer seguridad jurídica y protección de las inversiones, para lo cual también se deben conocer los riesgos potenciales para los inversionistas, así como los mecanismos jurídicos que los amparan. Adicionalmente, se realizará un análisis de la principal normativa ecuatoriana que regula este tipo de actividades. Finalmente, se propondrá posibles soluciones jurídicas que mejoren la seguridad jurídica para proteger las IED en el Ecuador.

1. La preferencia por la inversión nacional en el contexto constitucional ecuatoriano

La Constitución Política del Ecuador del año 1998 establecía un sistema de economía social de mercado en el que concurrían y coexistían los sectores público y privado⁸⁶ y que además garantizaba la igualdad de condiciones para la inversión nacional y extranjera⁸⁷ mediante la formulación de planes y programas descentralizados, participativos y referenciales para la inversión extranjera.⁸⁸ La CPE permitía la participación del sector privado en la explotación racional de bienes de “dominio exclusivo” del Estado⁸⁹ que se entendería eran los recursos naturales no renovables – propiedad inalienable e imprescriptible del Estado-, los cuales podían ser explorados y explotados de manera racional por empresas privadas conforme la ley.⁹⁰ No existe una

⁸⁶ Ecuador: Constitución Política de la República del Ecuador [1998], tit. XII, “Del Sistema Económico”, Cap. 1, “Principios generales”, art. 244, núm. 1. En adelante, se cita a esta Constitución como CPE.

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 244, núm. 1.

⁸⁸ *Ibíd.*, art., núm. 2 y art. 254

⁸⁹ *Ibíd.*, art., núm. 7.

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 247.

norma constitucional expresa en la cual se imponga un límite o restricción, además de la reserva legal, para la participación del sector privado en estos sectores como lo hace la CRE. De igual manera sucedía con los servicios públicos, no existía ninguna excepción para la prestación de los mismos por empresas privadas.⁹¹

El Estado ecuatoriano debía estimular la inversión mediante las leyes tributarias⁹² y sobre todo debía garantizar la inversión del capital extranjero en la producción especialmente para el consumo interno y la exportación, pudiendo establecerse tratamientos especiales para zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional. El Estado debía también, de manera general, ofrecer protección al inversionista mediante el establecimiento de garantías y seguridades especiales en los contratos para evitar que sean modificados por leyes o disposiciones de menor rango constitucional.⁹³

Del texto constitucional del año 1998, se colige que la inversión privada, incluida la extranjera, no estaba sometida a mayor intervención estatal, sino que debía estar dirigida al beneficio de los intereses nacionales de conformidad con la planificación económica centralizada. Es importante señalar además que la IED tenía una participación equitativa e igual de condiciones que la inversión nacional, sin ninguna restricción para explotación de bienes de “dominio exclusivo” como en la prestación de servicios públicos.

Con la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 se producen cambios sustanciales en el tratamiento de la economía, comercio y también de la inversión extranjera, como lo sostiene Gustavo Guerra al decir que existe “[...] la noción de una economía centralmente planificada que prepondera el rol del Estado no solo en la regulación, promoción y control del orden económico sino incluso con la instauración de competencias de operación directa y estratégica de ciertos sectores y actividades [...]”.⁹⁴ Añade también que “[...] el régimen constitucional vigente en el plano económico se sustenta en varios pilares estructurales característicos que determinan el nivel de intervención, oscilando entre lo que podría apreciarse como un dirigismo fiscal y la promoción de un sistema productivo solidario”.⁹⁵

⁹¹ *Ibíd.*, art. 249.

Los servicios públicos que la CPE determinaba son: agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar.

⁹² *Ibíd.*, art. 256.

⁹³ *Ibíd.*, art. 271.

⁹⁴ Gustavo Guerra, “Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la IED en el Ecuador”. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre, 2012) (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012): 31-63.

⁹⁵ *Ibíd.*

En esta nueva etapa, el *sumak kawsay* o buen vivir se ha convertido en el eje central del desarrollo, determinando que el Estado es quien debe planificar el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución de la República,⁹⁶ entre los que se encuentra la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, para lo cual el Estado debe dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo; generar y ejecutar políticas públicas; e, impulsar el desarrollo de las actividades económicas, promovidas y defendidas por el cumplimiento de la Constitución y la ley.⁹⁷ Se evidencia una dirección centralizada de la planificación y regulación de la política económica a la cual el inversionista extranjero debe someterse y cumplir lo dispuesto en el mandato constitucional y en las normas que lo desarrollan.

En la Constitución vigente, la política económica tiene entre uno de sus objetivos el incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.⁹⁸ A la par, la política fiscal establece como uno de sus objetivos la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, estimulando la producción de bienes y servicios, así como conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.⁹⁹

Por otro lado, la política monetaria y cambiaria busca suministrar medios de pago necesarios para una operatividad eficiente del sistema económico, así como, como establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera.¹⁰⁰

La planificación estatal basada en las políticas fiscal, monetaria y comercial conlleva que el Estado ecuatoriano determine los sectores y el modo en que puede insertarse la IED en el país, pues el mandato constitucional es claro al decir que:

1. Existe una fuerte protección a la inversión nacional por parte del Estado;
2. Existen lineamientos o criterios para la implementación de la inversión;
3. Determina la complementariedad a la inversión nacional;

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tit. VI, “Régimen de Desarrollo”, cap. Primero “Principios Generales”, art. 275 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

⁹⁷ *Ibíd.* art. 276.

⁹⁸ *Ibíd.* art. 284.

⁹⁹ *Ibíd.* art. 285.

¹⁰⁰ *Ibíd.* art. 302.

4. Exige el cumplimiento obligatorio de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; y,
5. Debe implementarse conforme las necesidades y prioridades determinadas en el Plan Nacional de Desarrollo y de los gobiernos autónomos descentralizados.¹⁰¹

Existe una condición aún más específica que la CRE impone a la IED para participar en la explotación de ciertos sectores estratégicos¹⁰² y prestación de servicios públicos¹⁰³. La iniciativa privada, en principio, no puede participar de estos sectores¹⁰⁴ ni servicios¹⁰⁵ pues al ser considerados de alta relevancia por su influencia económica, social, política o ambiental, el Estado se ha reservado exclusivamente para sí la administración, regulación, control y gestión de los mismos.

Si bien se determinó que los sectores estratégicos y servicios públicos tienen una reserva exclusiva para el Estado, se plantea también una delegación excepcional al sector privado, así como a la participación público-privado mediante empresas mixtas, para que pueda intervenir en estos sectores.¹⁰⁶ El COPCI, desarrollando la disposición constitucional, prevé la inversión en los sectores estratégicos para el desarrollo de la infraestructura productiva, delegando de manera excepcional a la iniciativa privada en los casos establecidos por la ley.¹⁰⁷ Esta excepcionalidad deberá ser calificada por el Ejecutivo, por interés público y a falta de capacidad técnica o económica, que justifiquen la delegación al sector privado de la gestión de sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.¹⁰⁸

Uno de los fines del COPCI, es incentivar y regular la inversión privada en actividades productivas y de servicios enfocadas en los sectores estratégicos de la economía conforme al Plan Nacional de Desarrollo. Además de regirse al mencionado plan, en concordancia con el Sistema Nacional de Planificación, la IED debe sujetarse a las políticas de desarrollo productivo y fomento definidas por el Consejo Sectorial de la

¹⁰¹ *Ibíd.*, art. 339.

¹⁰² *Ibíd.*, art. 313.

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 314.

¹⁰⁴ Dentro de estos sectores estratégicos se incluye a la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás determinados por la ley.

¹⁰⁵ Los servicios públicos abarcan al agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley

¹⁰⁶ *Ibíd.*, art. 316.

¹⁰⁷ COPCI, art. 96.

¹⁰⁸ COPCI, art. 100.

Producción,¹⁰⁹ siendo su Secretaría Técnica quien diseñe dichas políticas y programas de fomento productivo e inversiones.¹¹⁰

El COPCI, además de reiterar lo dispuesto en la CRE respecto a la obligatoriedad de la IED de enmarcarse en las políticas y programas estatales, señala la complementariedad de las inversiones extranjeras en los sectores estratégicos, sin que ello implique un impedimento para los inversionistas extranjeros participar como los inversionistas nacionales en otros sectores de la economía nacional.¹¹¹

El COPCI y su reglamento desarrollan el precepto constitucional y ratifican la fuerte participación estatal en la planificación y control de los sectores estratégicos y de las inversiones puesto que se configuran tres entes encargados de dirigir y controlar los temas referentes a la inversión extranjera en el Ecuador que son: el Consejo Sectorial de la Producción¹¹²; la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial de la Producción,¹¹³ y, el Consejo Consultivo de Desarrollo Productivo y Comercio Exterior.¹¹⁴

2. Riesgos para la IED

Todo negocio y empresa conlleva riesgos en el país en el cual se ejecute, pero se considera que la IED se enfrenta a riesgos mayores pues se somete a un medio legal y político extraño al inversionista y su país de origen, lo que significa un riesgo distinto al de una inversión realizada en su propio país. Por este motivo, es necesario que el inversionista extranjero se asesore y asegure respecto a los riesgos existentes sobre esa inversión en ese país, así como la aplicación de normas que regulen la IED, tanto nacionales como internacionales.¹¹⁵

Sornarajah sostiene que los principales riesgos que enfrenta una IED provienen de ciertas fuerzas uniformes e identificables. Estos factores resultan de cambios de régimen o de cambios a las políticas públicas y económicas de los estados receptores derivados de la soberanía que poseen. Sin embargo, cada vez que se modifican las políticas económicas, existe una potencial amenaza para las inversiones extranjeras, por lo que es

¹⁰⁹ Reglamento COPCI, art. 2 y 3.

¹¹⁰ COPCI, art. 6.

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 17, inc. 2.

¹¹² COPCI, art. 6.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 7.

¹¹⁵ Friedland, *International Business*, 278-81.

necesario entender las causas fundamentales por las cuales el Estado quiere realizar estos cambios.¹¹⁶

Para Friedland los riesgos que afronta una IED son: riesgo crediticio; riesgo político; riesgo político; expropiación y acciones gubernamentales; y, violencia política e inestabilidad.¹¹⁷ Por su lado, Bradlow enumera de manera general ciertos riesgos no comerciales para el inversionista que incluye: lentitud y falta de transparencia en procesos administrativos de aprobación y monitoreo de licencias y permisos requeridos; el clima de inversión es inestable pues los incentivos, tributos, condiciones de exportación e importación así como los costos administrativos encubiertos, cambian rápido y de manera impredecible; el sistema bancario no está bien desarrollado, los procedimientos para el cambio de divisas son muy complejos, así como la imposición de restricciones cambiarias y de repatriación es imprevisible; el sistema judicial existente no es efectivo, independiente y confiable cuando se trata de la protección de derechos contractuales y de la propiedad; un nuevo régimen puede no honrar un contrato de inversión que ha sido celebrado con un anterior régimen y por ende privar al inversor de los derechos contractuales vigentes; un cambio político radical puede ocurrir permitiendo la nacionalización, expropiaciones y disturbios civiles; y, la realidad no concuerda con la normativa, la corrupción toma lugar de distintas maneras en distintos órganos o agencias encargadas de la concesión de autorizaciones, licencias e incentivos a los inversores extranjeros.¹¹⁸

Conforme lo expuesto por estos tres autores, a criterio personal se considera que los riesgos a los que se expone el inversor extranjero en el Estado receptor se encuadran en dos áreas principales: por un lado, la política estatal en cuanto a la regulación de la IED, tanto a nivel constitucional como normativo, así como la administración de justicia; y, por otro lado, el aspecto económico en cuanto al flujo y manejo de los capitales dirigidos a la IED. De manera general y para mayor un mayor entendimiento, se ha tratado de sistematizar las causas y efectos que producen estos dos principales tipos de riesgos: político y económico.

¹¹⁶ Sornarajah, *International Law*, 76-7.

A criterio de Sornarajah, los riesgos que afronta una inversión extranjera son: hostilidad ideológica, nacionalismo, etnicidad, cambios en la matriz productiva, contratos celebrados por regímenes anteriores, contratos onerosos, regulación económica, derechos humanos y cuestiones ambientales y la situación del orden y la justicia.

¹¹⁷ Friedland, *International Business*, 278.

¹¹⁸ Bradlow y Escher, *Legal Aspects*, 36.

El primer cuadro relativo al riesgo político recoge las principales causas que pueden generar un riesgo para el inversor extranjero y sus efectos en la IED.

Matriz 3. Riesgos para la IED - Riesgo político

Definición	Causa	Efecto
Probabilidad de interrupción de las operaciones de las compañías por fuerzas políticas y eventos, ya sea que estos ocurran en los países receptores o como resultado de cambios en el ambiente internacional. ¹¹⁹	Reserva de ciertas áreas como propiedad o de exclusividad estatal, determinación de regulación a una agencia gubernamental específica, y/o adopción de cierta forma de economía del país.	Existencia de previsiones constitucionales que afectan a la IED. ¹²⁰
	Falta de aseguramiento efectivo de derechos del inversor por parte del gobierno central a través de su sistema judicial.	Indefensión para la protección de los derechos y obligaciones contractuales, así como derechos de propiedad. ¹²¹
	Repentino y rápido cambio de sistemas legales comerciales.	Ambiente inseguro e impredecible para los inversores extranjeros. ¹²²¹²³
	Cambios de regímenes económicos sustentados en la soberanía y autodeterminación de los Estados.	Violación a normas internacionales relativas a inversión y comercio. ¹²⁴
	Cambios de políticas económicas fundamentados en asuntos internos de los Estados.	Emisión de normas restrictivas para la IED. ¹²⁵ 126
	Pérdida de control sobre la actividad económica.	Acortamiento de la actividad en el tiempo. ¹²⁷

Fuente: Bibliografía consultada
Autor: Alejandro Caiza Villagómez

¹¹⁹ Gustavo Prieto, “Evolución del Derecho internacional de las inversiones: hacia un régimen global estable”, Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre, 2012): 8.

¹²⁰ Ralph Folsom et al, *Principles of International Business Transactions Third Edition* (St. Paul: WEST, 2013): 738-739.

¹²¹ Friedland, *International Business*, 279.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Prieto, citando a MIGA, enumera estos escenarios de riesgo político: 1. Transferencias y convertibilidad; 2. Expropiación; 3. Incumplimientos contractuales; 4. No honrar obligaciones financieras; 5. Terrorismo; 6. Guerra y disturbios civiles; 7. Cambios regulatorios adversos.

¹²⁴ Sornarajah, *International Law*, 76.

¹²⁵ Sornarajah enumera las siguientes causas: hostilidad política hacia la inversión extranjera; recelo al dominio de agentes extranjeros en la economía interna; cambios globales de la industria; renegociación de contratos suscritos por gobiernos anteriores; elevados costos para el cumplimiento de los contratos; deterioro del ordenamiento jurídico y orden público; intervención regulatoria para proteger un interés económico nacional; corrupción de la administración pública o reemplazo de un gobierno corrupto.

¹²⁶ Folsom enlista las siguientes causas: tendencia en la participación equitativa de los nacionales en proyectos como en manejo de las empresas; quebranto de la soberanía nacional; contradicción a un plan nacional de desarrollo; beneficio excesivo del inversor extranjero; daños ambientales; violación de normativa interna del país receptor.

¹²⁷ Gustavo Prieto, *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013): 15.

Como se evidencia de la tabla anterior, el riesgo político se fundamenta en las acciones u omisiones que el Estado receptor incurre para (des)incentivar la locación de capital extranjero, generalmente a través de la emisión de políticas y normativas que regulan el tratamiento de la IED. Los temas políticos y económicos son materia de análisis de sus respectivas áreas, pero un punto en específico que sí se debe analizar en este documento es el relativo al riesgo de expropiación y confiscación de la propiedad al que se enfrenta el inversor extranjero.

Conforme la costumbre internacional que rige las inversiones extranjeras, un gobierno puede expropiar bienes de propiedad de ciudadanos extranjeros si tal expropiación obedece a una razón de orden público, de una manera no discriminatoria y a través de un debido proceso. No obstante, la expropiación que realiza el gobierno receptor debe ser compensada prontamente al propietario extranjero de una manera adecuada y efectiva. Generalmente este estándar otorga el derecho al extranjero de ser pagado en una divisa fuerte en un monto igual al valor corriente de la propiedad expropiada.¹²⁸

Es importante notar que las acciones legítimas de un Estado receptor que no constituyen una expropiación pueden perjudicar significativamente el valor de una inversión extranjera. Estos pueden incluir el control de precios, restricciones a las importaciones y exportaciones, o reducción de los bienes y servicios provistos por el Estado como son el transporte, energía eléctrica o combustibles. De manera similar, el incremento de las tarifas, tasas e impuestos puede erosionar la rentabilidad de una inversión.¹²⁹ Así, el inversor extranjero se enfrenta al riesgo de una expropiación indirecta, la cual implica la total o casi total privación de una inversión, pero sin una transferencia formal de título o expropiación directa.¹³⁰

¹²⁸ Friedland, *International Business*, 280.

Friedland sostiene que las acciones expropiatorias pueden consistir en: expropiación, confiscación, nacionalización, acciones legislativas discriminatorias, requisas, condenas, dominio eminente, secuestro y otras medidas gubernamentales. Puede ocurrir por un simple acto administrativo o a través de una expropiación progresiva, que consiste en una serie de acciones que reducen el valor del proyecto y que finalmente obligan al propietario a abandonarlo.

¹²⁹ Friedland, *International Business*, 280.

¹³⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II* (New York and Geneva: UNITED NATIONS, 2012) 7. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en base a la práctica de los Estados, la doctrina y los laudos arbitrales, sostiene que una expropiación indirecta reúne los siguientes elementos: 1. Acto atribuible al Estado; 2. Interferencia con derechos de propiedad u otros derechos protegidos; 3. Intervención de gran magnitud grado que los derechos o intereses protegidos pierdan todo o la mayor parte de su valor o que el propietario se vea privado del control sobre la inversión; y, 4. Permanencia título legal o posesión física del propietario.

El aseguramiento y protección por parte del Estado del derecho a la propiedad privada es un aspecto de gran peso para la locación de la IED y el asentamiento de las actividades económicas a mediano y largo plazo, puesto que el inversor extranjero requiere tener seguridad y certeza sobre su propiedad ya que tendrá que realizar la construcción y administración de infraestructura, así como la adquisición de muebles e inmuebles para la operatividad de los proyectos.

En la siguiente matriz, se ha tratado de consolidar el tratamiento de la propiedad privada de los inversionistas en el Ecuador.

Matriz 4. La Propiedad Privada en el Ecuador

Premisa Constitucional	Principio reconocido	Efecto	Excepción
El Estado ecuatoriano reconoce y garantiza la propiedad en todas sus formas, incluida la propiedad privada. ¹³¹			No se reconoce la propiedad privada para personas extranjeras cuando se traten de tierras o concesiones en áreas de seguridad nacional o áreas protegidas determinadas en la ley. ¹³²
Todas las personas extranjeras tienen todos los mismos derechos y obligaciones que los ecuatorianos dentro del territorio nacional. ¹³³	Todas las personas extranjeras, naturales o jurídicas, tienen el mismo derecho a que se reconozca y garantice su derecho a la propiedad privada.	Principio de No Confiscatoriedad	Expropiación de la propiedad privada para ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente o de bienestar colectivo, por razones de utilidad pública o interés social y nacional. Prohibición tácita de la confiscación de la misma y además debe haber una justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. ¹³⁴

Fuente: CRE

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Se puede asegurar que el inversor extranjero cuenta con los mismos derechos y obligaciones que el nacional ecuatoriano, por lo que su derecho a la propiedad privada se

¹³¹ CRE, arts. 26, 66 y 321.

¹³² Ibid., art. 405.

¹³³ Ibid., art. 9.

¹³⁴ CRE, art. 323 y COPCI art. 18.

encuentra plenamente protegido constitucionalmente, salvo las excepciones planteadas y sujetas a expropiación determinadas en la CRE y en el COPCI.

En cuanto al tema económico, cuando un inversor extranjero desea invertir su dinero en otro país, debe realizar dichas operaciones en la moneda corriente del país receptor, la misma que se va a usar para comprar y vender los bienes y servicios, pagar tasas e impuestos, y también para justificar contablemente los ingresos locales, pérdidas o ganancias. Si bien los factores políticos o económicos pueden crear un potencial riesgo de pérdida, debe considerarse también cuando el inversionista intenta convertir la moneda local a su moneda y remitir los fondos de vuelta a su país de origen.¹³⁵

Al igual que en el cuadro relativo al riesgo político, se hará una recopilación de las principales causas del riesgo y sus efectos en la IED.

Matriz 5. Riesgos para la IED - Riesgo económico

Definición	Causa	Efecto
	Incapacidad de convertir la moneda local a otra divisa extranjera (generalmente dólares u otras monedas fuertes) por carencia de divisas, estableciendo imposición de control cambiario oficial mediante el retraso administrativo de la solicitud de cambio de divisas del inversionista.	Inconvertibilidad ¹³⁶
	Falta de voluntad estatal de transferir divisas extranjeras fuera del país, especialmente cuando existen dificultades en el cumplimiento de obligaciones con una divisa extranjera.	No transferibilidad de divisas, provocando: 1. Posición estática del inversor sobre el capital y un congelamiento del flujo de entrada y salida del país; 2. Costes de transacciones por cambio de moneda; y, 3. Doble pago por costes de importación y exportación. ¹³⁷
	Depreciación de la moneda local frente a una divisa extranjera.	Devaluación de la moneda ¹³⁸

¹³⁵ Friedland, International Business, 280.

¹³⁶ Mediante la Ley para la transformación económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 34, de 13 de marzo del 2000, se implementa la dolarización en el país. Su artículo 1 determina como principio la plena circulación de las divisas internacionales en el país y su libre transferibilidad al exterior, así como el canje de sucres en circulación por dólares de los Estados Unidos de América a una relación de veinticinco mil sucres por cada dólar. Hasta la fecha, el dólar de los Estados Unidos de América es la moneda de uso oficial para todo tipo de transacciones en todo el territorio nacional, siendo una ventaja para los inversores extranjeros al poder realizar sus operaciones con una divisa extranjera fuerte sin tener que recurrir a la convertibilidad y los riesgos que conlleva.

¹³⁷ Folsom, International Business Transactions, 752.

¹³⁸ Friedland, International Business, 280.

Restricción al derecho de importación y exportación mediante la imposición de tasas, aranceles y cupos de importación y exportación de bienes	Carencia de insumos, equipos y tecnología requeridos para el negocio que no existen en el Estado receptor, además de bloquear transferencia de tecnología.
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Bibliografía consultada
 Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Si bien el Estado ecuatoriano acoge todos los derechos reconocidos a los inversionistas nacionales y extranjeros que son de gran importancia para el inversionista, se considera que el reconocimiento de los derechos de libertad de importación y exportación,¹³⁹ la libre transferencia al exterior y libre remisión de los recursos, son los que fortalecen y aseguran la actividad económica del inversor extranjero. Por otro lado, el Estado al determinar tasas, aranceles y cupos de importación y exportación de bienes,¹⁴⁰ puede provocar que la actividad del inversor extranjero se vea afectada. La libre transferencia al exterior de las ganancias periódicas o utilidades es un tema de preocupación para el inversionista extranjero, el retorno de su dinero al país de origen,¹⁴¹ al igual que la libre remisión de los recursos por liquidación de las empresas o por la venta de las acciones, participaciones o derechos adquiridos,¹⁴² como por ejemplo el aumento de costes transaccionales por la imposición del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen en el exterior.

El reglamento COPCI reconoce al inversionista el derecho a controlar, usar, convertir a cualquier moneda y transferir o remitir al exterior cualquiera de los fondos derivados o relacionados con la inversión o con el contrato de inversión. Por otro lado, se determina que no tienen la obligación de mantener dichos fondos en el país, convertirlos a moneda nacional ni someterse a ninguna restricción, con excepción de los tributos y retenciones determinadas en respectiva norma. Este tratamiento a los fondos del inversionista extranjero le permite confiar en que las ganancias o utilidades resultantes del proyecto invertido no van a ser objeto de confiscación ni apropiación por parte del Estado, aclarando que únicamente se deberá someter a tributación y retención determinada en la norma respectiva.¹⁴³

¹³⁹ COPCI, art. 19, letra c.

¹⁴⁰ CRE, art. 305 y 306.

¹⁴¹ COPCI, art. 19, letra d.

¹⁴² COPCI, art. 19, letra e.

¹⁴³ RCOPCI, art. 14

3. Falencias para la protección de la IED en el Ecuador.

El Estado ecuatoriano ha hecho avances significativos para la atracción y protección de la IED, especialmente en las áreas comercial y en los sectores estratégicos. Según cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, las entradas de IED en esta región fueron de 167.180 millones de dólares, cifra inferior a años anteriores al 2016, debido a la reducción de la inversión en recursos naturales, en particular en minería metálica, y el lento crecimiento de la actividad económica en la región.¹⁴⁴ El Ecuador ha recibido un flujo de inversión extranjera de 744 millones de dólares durante el año 2016, representando un decrecimiento del 43.7% comparado con el año 2015. Sin embargo, esta cifra queda corta comparada con los países vecinos, puesto que en el mismo año Colombia recibió 13.593 millones de dólares y Perú 6.863 millones de dólares, y comparado con otros países de la región, esta cifra queda muy por detrás de Chile (12.225 millones de dólares), México (32.113 millones de dólares) y Brasil (78.929 millones de dólares).¹⁴⁵

Aún quedan tareas pendientes para promover la IED en el Ecuador que, de manera general a criterio del autor, se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

Matriz 6. Falencias normativas en el Ecuador para la protección de la IED

Falencia determinada	Causa	Posible solución
Estructura del Estado no amigable para la IED	Sistema judicial ineficiente, cambio de políticas económicas, aparataje estatal grande; burocracia, corrupción.	Asegurar un óptimo nivel de acceso a la justicia; proveer un sistema financiero confiable; promover un sistema económico sólido y fuerte; y, establecer una ágil institucionalidad estatal. ¹⁴⁶
Falta de confianza en un sistema judicial eficiente para la resolución	Pérdida de credibilidad por falta de independencia, autonomía y eficiencia de la administración de justicia.	Fortalecimiento y mejoramiento de la administración de justicia para asegurar la independencia y autonomía de la misma. ¹⁴⁷ Promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos comerciales o contractuales con reglas claras para ambas partes. ¹⁴⁸
Falta de desarrollo normativo sobre IED.	Normas dispersas en todo el ordenamiento jurídico	Consolidación de un cuerpo normativo específico para el

Entre los fondos derivados o relacionados con la inversión o el contrato de inversión se encuentran: ganancias o utilidades netas; venta, liquidación o enajenación de la inversión; transferencia o cesión de la inversión; créditos o financiamiento; pagos por bienes o servicios ofertados; y, manejo de cuentas en banco o instituciones financieras

¹⁴⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La IED en América Latina y el Caribe 2017* (LC/PUB.2017-18P) (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2017): 33.Ibid., 56.

¹⁴⁵ Ibid. 35.

¹⁴⁶ Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 75-80.

¹⁴⁷ CRE, art. 168, num. 2 y art. 169.

¹⁴⁸ Ibid., art. 422.

	ecuatoriano y constantes modificaciones o derogaciones de las mismas.	tratamiento de la IED con concordancia de otras normas que regulen la IED, evitando constantes modificaciones. ¹⁴⁹
Barreras para la reexportación de capitales del país para equilibrar balanzas de pago. ¹⁵⁰	Creación del Impuesto de Salida de Divisas – ISD del 5% ¹⁵¹ para sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras ¹⁵² y reducción de la base impositiva que grava las transferencias, envíos o traslados de capital al exterior. ¹⁵³	Considerar menores porcentajes para el ISD.
Mayoría de incentivos a la IED en su mayoría, si no todos, son de naturaleza tributaria dirigidos al sector productivo.	Se consideran exenciones, beneficios y estabilidad tributaria casi en su totalidad para proyectos productivos o de explotación de recursos no renovables, sin considerar otros sectores como el de energía renovable.	- Atraer e incentivar el flujo de IED a sectores e industrias como energía renovable, turismo, cultura, ciencia y tecnología, cinematografía. - Crear programas de apoyo para empresas que inviertan en proyectos de investigación, desarrollo de tecnología e innovación dirigidos a la generación de nuevos productos, procesos o servicios
Inequidad de participación en proyectos de inversión.	Participación de IED como complementaria a proyectos de inversión extranjera, accediendo a beneficios únicamente proyectos nuevos. ¹⁵⁴	Ampliar la delegación de proyectos en sectores estratégicos y servicios públicos para la iniciativa privada, tanto nuevos como antiguos, sin necesidad de realizar reformas constitucionales.
Barreras a la importación de bienes e insumos por imposición de salvaguardas.	Elevación de costes de operación de actividades industriales o comerciales por importación de bienes e insumos. ¹⁵⁵	Revisar tasas, tributos y salvaguardas que permitan el flujo de bienes e insumos para la ejecución de proyectos de IED.

¹⁴⁹ De manera general, las principales normas que regulan de manera directa a la IED en el Ecuador son: Constitución de la República del Ecuador; Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión; Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e inversiones; Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal; Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas; Ley de Régimen Tributario Interno; Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada; Convenios, Tratados y Acuerdos Internacionales; Otras normas de alcance nacional y local.

¹⁵⁰ Folson, International Business Transactions, 752.

¹⁵¹ Ecuador: Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, en Registro Oficial Suplemento, No. 242 (Quito: 29 de diciembre de 2007): art. 155 y art. 162. En adelante esta Ley se cita como LRETE.

¹⁵² Ecuador: Reglamento de aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas, en Registro Oficial Suplemento II, No. 336 (Quito: 14 de mayo de 2008): art. 8, letra d).

¹⁵³ Ecuador: Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, en Registro Oficial No. 744 (Quito: 29 de abril de 2016): art. 1, núm. 22 y art. 2.

¹⁵⁴ CRE, art. 339 y COPCI, art. 13, letra b.

¹⁵⁵ Ecuador: Resolución COMEX No. 011-2015, en Registro Oficial, Suplemento, No. 456 (Quito: 11 de marzo de 2015); Ecuador: Resolución COMEX No. 016-2015, en Registro Oficial, Suplemento, No. 483 (Quito: 20 de abril de 2015); Ecuador: Resolución COMEX No. 036-2015, en Registro Oficial, No. 509 (Quito: 18 de septiembre de 2015).

Fuente: Normativa ecuatoriana
Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Si el Ecuador buscar posicionarse como un país atractivo para la atracción de capital extranjero, debe ofrecer seguridad y certeza jurídica al inversor extranjero fortaleciendo su sistema judicial, teniendo normas claras sobre el tratamiento de la IED.

4. Mecanismos de protección de la IED

El Derecho Internacional mantiene parámetros para los Estados para la protección de las inversiones extranjeras. Así, la Carta de Deberes y Derechos Económicos de la Organización de las Naciones Unidas, pese a que no tiene valor vinculante, ofrece parámetros para los Estados en sus relaciones económicas con otros Estados. En resumen, este instrumento determina que todo Estado tiene derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico y además los siguientes derechos: 1. Reglamentar las inversiones extranjeras en cuanto su jurisdicción nacional, conforme sus objetivos y prioridades nacionales y sin la obligación de ofrecer un tratamiento preferencial a la inversión extranjera; 2. Reglamentar y vigilar que las actividades de las empresas transnacionales se realicen conforme su jurisdicción nacional; y, 3. Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de los bienes extranjeros, debiendo pagar una compensación apropiada conforme su ordenamiento jurídico y en caso de conflicto o controversia, acudir a la ley y tribunales nacionales a menos que por mutuo acuerdo se acuda a otros medios de resolución.¹⁵⁶

Si bien los Estados tienen la potestad para regular las inversiones extranjeras, en las últimas décadas se ha visto el aumento de tratados bilaterales de inversión entre países desarrollados y en desarrollo debido a que éstos poseen cláusulas más o menos estandarizadas que ofrecen protección a las inversiones y a los inversionistas de las partes contratantes, además de ofrecer la posibilidad de que los inversionistas sometan por sí mismos ciertas controversias relativas a las inversiones y el Estado receptor a mecanismos de solución de controversias, como son el arbitraje, la conciliación, así como las cortes y tribunales nacionales.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Rubén Eduardo Tempone, *Protección de Inversiones Extranjeras* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003): 35.

¹⁵⁷ Claudia Salgado Levy, “La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones.” Foro: Revista de Derecho 18 (II Semestre, 2012) (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012): 105.

Frente a estos riesgos presentados, el Estado receptor de la IED debe proponer y fortalecer los siguientes mecanismos para proteger la IED: el trato justo y equitativo, y la resolución de controversias.

Matriz 7. Criterios del Trato Justo

INVOCACION	INDICADOR	VIOLACIÓN	SEGURIDAD	ELEMENTOS BÁSICOS
Cuando deba hacerse justicia al momento en que el inversor extranjero ha sufrido un tratamiento injusto por parte del Estado receptor, esto es, cualquier acto o medida discriminatoria estatal que pueda ser considerada como ofensiva. ¹⁵⁸	Estándar utilizado en recientes tratados bilaterales de inversión como un indicador de que el Estado receptor tiene la disponibilidad de satisfacer los intereses de los inversores extranjeros. ¹⁵⁹	Denegación de justicia cuando sus órganos judiciales actúan de tal forma en que sus decisiones se exceden a las normas de conducta judicial adecuada o aparentan tener esa tendencia, de manera consciente y desmedida	<ul style="list-style-type: none"> • Ofrecer condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. • Ofrecer un orden jurídico que proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre.¹⁶⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligación de vigilancia y protección; • Debido proceso / denegación de justicia / arbitrariedad; • Transparencia y respeto de las expectativas legítimas del inversor; • Elementos autónomos de equidad.¹⁶¹
		Falta de debido proceso, falta de transparencia, ausencia de buena fe y violación de la confianza legítima en el ejercicio de las funciones administrativas asociadas a la inversión extranjera. ¹⁶²	Señala también que busca que el derecho sea práctico, flexible y adaptable a distintas circunstancias. ¹⁶³	

Fuente: Doctrina

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

En términos generales el trato justo y equitativo consiste en otorgar a las inversiones un tratamiento no arbitrario, no intempestivo y ajustado al debido proceso legal.

¹⁵⁸ Sornarajah, International Law, 333.

¹⁵⁹ Friedland, International Business, 274.

¹⁶⁰ Prieto, Trato justo y equitativo, 25.

¹⁶¹ Ibid., 49-50.

¹⁶² Sornarajah, International Law, 340-2.

¹⁶³ Ibid.

Por otro lado, ningún inversionista desea que se presenten controversias durante la ejecución del proyecto y menos aún que se finalice de manera anticipada, sobre todo porque las etapas de planificación, negociación e implementación del proyecto se han dado en un marco de optimismo y entusiasmo. De igual manera, asumir un conflicto en el sistema de justicia pone en cierta desventaja al inversor privado en cuanto a las herramientas y recursos que dispone el Estado en los procesos judiciales.

Por ello, es importante para el éxito de la inversión extranjera decidir y diseñar cuidadosamente medios para la resolución de conflictos relativos a la inversión. No todas las controversias relativas a las inversiones extranjeras deben someterse a un litigio internacional, pues muchas de ellas pueden resolverse en instancias de cortes nacionales, como por ejemplo asuntos de propiedad intelectual, temas contractuales con proveedores y consumidores locales, así como temas laborales y tributarios relativos a la propiedad y aspectos societarios.¹⁶⁴

Las disputas que surgen involucran a menudo reclamos de los inversores extranjeros sobre actos en los cuales el Estado receptor interfirió con la inversión al grado en que se constituye en una apropiación de los bienes, activos o actividades del inversor que pueden llegar a configurarse en una violación del derecho internacional; sin embargo, no existen parámetros claros y definidos en el derecho internacional que determinen cuando se incurre o no en estas violaciones internacionales de los derechos de los inversores. Los inversores han preferido confiar en otros medios para la solución de conflictos en los cuales las reglas de procedimiento y la ley aplicable han sido acordadas de antemano.¹⁶⁵

La legislación del Estado receptor debe incluir el cómo han de ser resueltas las disputas relativas a la inversión, misma que abarca la mediación para los casos que se encuentran en etapas iniciales, luego el arbitraje y si aún no ha sido resuelto se recurre a las cortes nacionales, que en casos excepcionales pueden llegar a ventilarse en cortes o tribunales internacionales. La expedición de la normativa nacional sobre este tipo de disputas puede ser en cierta medida insatisfactoria o desventajosa para el inversor extranjero en el supuesto que los centros de mediación y arbitraje, así como las reglas a las cuales se somete el caso, son favorables al Estado receptor. Un proceso de solución de conflictos más neutral es usualmente preferido.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Bradlow y Escher, *Legal Aspects*, 42-3.

¹⁶⁵ Ralph Folsom et al, *Principles of International Business Transactions*, 783.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

El arbitraje ofrece a las partes una gran autonomía ya que pueden escoger entre un arbitraje ad-hoc o un arbitraje institucional, pudiendo inclusive seleccionarse la ley aplicable, la designación y el número de árbitros, el foro y demás detalles sobre el procedimiento arbitral. Es por este motivo, que la adopción de cláusulas arbitrales merece especial interés de los inversores extranjeros y su contraparte, sea pública o privada, en el Estado receptor.¹⁶⁷

En el caso ecuatoriano, la CRE impone una limitación al prohibir celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, trayendo consigo varias repercusiones a nivel nacional e internacional. En este contexto, tras la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados – CIADI y de los Tratados Bilaterales de Inversión TBI, el artículo 422 de la Constitución¹⁶⁸ conlleva grandes interrogantes respecto al arbitraje. El texto de esta norma constitucional reza:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.¹⁶⁹

Al respecto, Gillman recoge las interrogantes o retos que surgieron de esta disposición constitucional de la siguiente manera: 1) falta de claridad de la norma respecto al mecanismo de implementación de la misma provocando una falta de certeza sobre los efectos en los inversores y el Estado, añadiendo inseguridad jurídica al ordenamiento jurídico ecuatoriano. De igual manera, la exclusión de ciertos inversionistas de los arbitrajes entre el Estado ecuatoriano y los inversores puede reducir el sentido de seguridad y por el contrario aumentaría la sensación de inseguridad sobre sus inversiones, teniendo como resultado la pérdida de flujos de IED en el país; 2) dudas en la

¹⁶⁷ Bradlow y Escher, Legal Aspects, 20, 43.

¹⁶⁸ Ecuador: Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo N. 1823, de 2 de julio de 2009.

¹⁶⁹ CRE, art. 422

renegociación de contratos petroleros con empresas de origen fuera de Latinoamérica que incluían provisiones sobre arbitraje; y, 3) discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por la exclusión de ciertos inversores extranjeros de los arbitrajes entre el Estado y las empresas, así como de los inversores nacionales que tienen limitación a las cortes nacionales y no tienen acceso a las cortes internacionales.¹⁷⁰

Prieto añade otro tema de preocupación respecto a esta disposición y es el relativo a la duda existente sobre cuál es el alcance que tiene en cuanto a las controversias, pues podría limitarse únicamente a las de tipo contractuales o de índole comercial o también abarcaría las obligaciones internacionales sobre el trato a las inversiones extranjeras, concluyendo que esta restricción se refiere a las de tipo contractual. Añade además que otra interrogante es la relativa a las obligaciones previamente adquiridas en los tratados internacionales ratificados antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 y que se responde citando a Montaña que dice que la prohibición determinada en este artículo rige para el futuro y que toda obligación internacional contraída por el Estado ecuatoriano sobre solución de controversias previa al año 2008, tienen plena validez y eficacia jurídica.¹⁷¹

Por ello, para la promoción de las inversiones, los Estados deben considerar todos los aspectos legales que ofrezcan seguridad a las inversiones. Se requiere de normativa que abarque los aspectos de la inversión extranjera, tanto a nivel nacional como internacional, estableciendo y garantizando el acceso a la justicia y los mecanismos de resolución de conflictos entre el inversionista extranjero y el Estado receptor.¹⁷²

i) Contratos de inversión y estabilidad tributaria

Para otorgar a los inversionistas los incentivos determinados en el COPCI y su Reglamento, el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad ha desarrollado modelos de contrato de inversión que recogen lo dispuesto en los cuerpos legales antes mencionados, que se aplican para inversión nacional e inversión extranjera tanto en el sector productivo como en sectores estratégicos que además le permitirá

¹⁷⁰ Eric Gillman, "The end of investor-State arbitration in Ecuador? An analysis of article 422 of the Constitution of 2008", en *The American Review of International Arbitration*, vol. 19, No. 2, Washington & Lee Law School: 2008, p. 294.

¹⁷¹ Gustavo Prieto, *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de las inversiones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013): 91-94

¹⁷² Esteban Restrepo Uribe, "Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC" en Philippe De Lombaerde, edit., *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 8-11.

mantener una estabilidad tributaria por el tiempo que dure la inversión conforme el Reglamento. Los aspectos generales que abarcan estos contratos son: el tratamiento de la IED; parámetros o condiciones mínimas para ofrecer los incentivos tributarios; el monto y plazo de la inversión; los derechos y obligaciones de los inversionistas y del Estado, así como la solución de controversias.

Estos contratos modelo otorgan una certeza al inversionista extranjero al permitirle tener de antemano un proyecto de contrato que estaría dispuesto a firmar con el Estado ecuatoriano, conociendo de manera general los contenidos de las cláusulas, como la de obligaciones de las partes, antecedentes, documentos habilitantes, derechos y garantías, los incentivos, monitoreo, entre otros. Un aspecto importante que incluyen estos contratos es la inclusión del arbitraje como medio de solución de controversias, que, en caso de llevarse a instancias internacionales, deberá desarrollarse ante tribunales de arbitraje conforme los instrumentos internacionales vigentes que el Ecuador sea parte. Sin embargo, de los textos normativos y de las cláusulas señaladas, se entiende que los contratos han sido elaborados con el objetivo único de determinar los incentivos tributarios a los que accede el inversor extranjero y otorgarle estabilidad tributaria.

Para que el inversor extranjero pueda firmar dicho contrato con el Estado ecuatoriano y acceder a los beneficios y estabilidad tributaria antes mencionada, debe cumplir con los requisitos recopilados en la siguiente matriz:

Matriz 8. Contratos de Inversión en el Ecuador

BENEFICIOS	REQUISITOS GENERALES	ESPECÍFICAS	ESTABILIDAD TRIBUTARIA GENERAL	ESTABILIDAD TRIBUTARIA APP
Seguridad jurídica	A petición del inversor y mediante escritura pública. ¹⁷³	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia de quince años desde la fecha de celebración; • Sometimiento a la regulación y control de los entes estatales competentes; • Renovación por una sola vez hasta por el mismo periodo del plazo original concedido, 	<ul style="list-style-type: none"> • Monto de inversión mayor a 100 millones de dólares; • Estabilidad tributaria del 22% para minería metálica de gran y mediana escala e industrias básicas; • 25% para inversiones de otros sectores que cambien la 	1. Reconocimiento y garantía de la propiedad privada por el plazo del contrato; ¹⁷⁶ 2. Estabilidad jurídica en aspectos regulatorios sectoriales y específicos declarados como esenciales en los contratos de

¹⁷³ COPCI, art. 25.

¹⁷⁶ Ibíd., art.3, núm. 3.5.

		dependiendo del tipo de proyecto y siempre que el Consejo Sectorial lo considere oportuno. ¹⁷⁴	matriz productiva. ¹⁷⁵	gestión delegada; ¹⁷⁷
Estabilidad tributaria	Incluir el tratamiento, el tiempo de vigencia y los mecanismos de supervisión y regulación. ¹⁸⁰		Alcance de tres casos: <ul style="list-style-type: none"> • Impuesto a la renta. Sobre las normas de determinación de la base imponible y la cuantía del tributo a pagar. • Impuesto a la salida de divisas y otros impuestos. Extensivo únicamente para tarifas y exenciones de cada impuesto. • Impuesto al valor agregado. Respecto a tarifas y exenciones en proyectos de minería metálica a mediana y grande escala cuya producción se destine a la exportación. 	3. Simplificación de procesos y procedimientos; ¹⁷⁸ 4. Remisión de deudas patronales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. ¹⁷⁹

Fuente: COPCI y LOIPPF

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Que la norma indique la obligación de un contrato, su contenido básico y su vigencia máxima, permite que el inversor extranjero tenga una estabilidad y certeza respecto a la relación con el Estado, su protección a su inversión y las reglas del juego; sin embargo, mantener un contrato modelo conlleva consigo dos aspectos: primero, que todos los inversionistas son tratados en igualdad de condiciones, que se demuestra en un contrato único para todos; y, segundo, que si bien existe esta igualdad, todos los proyectos son distintos entre sí por lo que tienen sus características particulares, obligando al inversor a dejar o tomar ese contrato, sin posibilidad de negociar.

¹⁷⁴ COPCI, art. 26.

¹⁷⁵ LOIPPF, art. 32.

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 15.

¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 21.

¹⁷⁹ *Ibid.*, arts. 22 – 30.

¹⁸⁰ COPCI, art. 25.

Un aspecto de alta importancia para la seguridad de las inversiones es el relativo a las reformas de los términos y condiciones de los contratos de inversión, que únicamente pueden ser modificados por mutuo acuerdo, otorgando al inversionista una certeza de las condiciones del contrato por el tiempo de vigencia del mismo puesto que no habrá modificaciones unilaterales. Dentro de este contrato puede incluir medios alternativos de solución de conflictos como mediación y arbitraje, tanto nacional como internacional.

Otro punto que no debe olvidarse, razón por la cual se han de firmar los contratos de inversión, es el relativo al de la estabilidad de los incentivos tributarios, que permanecerán invariables durante la vigencia del contrato, así como las normas legales, reglamentarias y resoluciones generales del Servicio de Rentas Internas que estén relacionadas a la determinación de la renta gravable de los inversionistas y la tarifa aplicable al inversionistas vigentes a la fecha en que se celebre el contrato.

El inversor extranjero tiene también la posibilidad de participar en proyectos ejecutados mediante el mecanismo de Alianza Público-Privada o APP. El Reglamento del régimen de colaboración Público-Privada permite la participación del sector privado en los denominados “sectores estratégicos” y servicios públicos mediante un proyecto de “Iniciativa Privada” en sectores estratégicos, servicios públicos o cualquier otro servicio de interés general, tanto nuevos como aquellos existentes, respecto de los cuales exista contratos en ejecución¹⁸¹. Así también, Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas tiene como objetivo establecer incentivos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, sus lineamientos e incentivos específicos para promover el financiamiento productivo y la inversión extranjera¹⁸² para sectores de interés general que incluye a bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o Gobiernos Autónomos Descentralizados, como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y otros vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria.¹⁸³

Se puede notar de primera mano que la LOIAPP excluiría a los sectores estratégicos de los beneficios e incentivos para los proyectos APP y únicamente aplicarían para los servicios públicos determinados en la constitución y la ley, pero establece

¹⁸¹ Ecuador: Reglamento del régimen de colaboración Público-Privada, en Registro Oficial No. 453 (Quito: 6 de marzo de 2015): arts. 1 al 3. En adelante este Reglamento se citará como RCPP.

¹⁸² Ecuador: Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas, en Registro Oficial No. 653 (Quito: 18 de diciembre de 2015): art. 1. En adelante se cita esta Ley como LOIAPP.

¹⁸³ *Ibíd.*, art. 13.

también una excepción al delegar a la iniciativa privada los servicios en los sectores estratégicos conforme el artículo 100 COPCI.¹⁸⁴

La propuesta estatal de ofrecer contratos de inversión, incluido la modalidad APP, es una garantía para el inversionista extranjero pues tiene certeza sobre los derechos y obligaciones que posee en el territorio nacional respecto a su inversión, que además está reconocido en un documento que le permite exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales. Sin embargo, no es suficiente que existan estos contratos para ofrecerle estabilidad y seguridad al inversor extranjero, sino que todo el sistema nacional debe ser amigable, fuerte y favorable para la IED, pues de nada serviría firmar un contrato si existen normas contrarias que le resten eficacia.

ii) Acuerdos Internacionales de Inversión

Los ordenamientos jurídicos de cada país son los que determinan las reglas para la entrada, operación y control de la IED, así como los incentivos y beneficios para el inversionista extranjero, pero ahora es más frecuente que a través de instrumentos internacionales se establezcan reglas generales para el tratamiento de la IED. Los instrumentos internacionales que han venido trabajando y ratificando los distintos países son los tratados de doble imposición; los Acuerdos Internacionales de Inversión AII dentro de los cuales se encuentran los tratados bilaterales de inversión TBI; y, los acuerdos comerciales o tratados de libre comercio en lo relativo a inversiones (tratamiento de comercio y movimiento de capital, así como las cláusulas de solución de controversias), instrumentos que ofrecen una certeza y seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros y para los mismos estados, mismos que han permitido una mayor uniformización de las reglas de la IED.¹⁸⁵

La UNCTAD manifiesta que ante los desafíos económicos, sociales y ambientales mundiales, la comunidad internacional está definiendo un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS a través de las Naciones Unidas, cuyo objeto es impulsar la acción en todo el mundo mediante objetivos concretos para el período comprendido entre 2015 y 2030 en lo relativo a la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la salud humana y la educación, la mitigación del cambio climático y otros objetivos económicos, sociales y ambientales. Para ello, tanto el sector privado como público tienen gran

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Marie-Claire Cordonier Segger et al, Sustainable development, 16-17

importancia. El sector público es fundamental y central, pero la participación y contribución del sector privado es indispensable, sea a través de una buena gobernanza en las prácticas de las empresas o a través de la inversión en el desarrollo sostenible.¹⁸⁶ Esto incluye el compromiso del sector privado con el desarrollo sostenible; la transparencia y la rendición de cuentas en el respeto de prácticas de desarrollo sostenible; la responsabilidad de evitar daños, aun cuando no estén prohibidos; y la asociación con los gobiernos para aprovechar al máximo los beneficios de la inversión.¹⁸⁷

A nivel internacional, el mecanismo que más fuerza y credibilidad ha tenido en el último cuarto de siglo es el sistema de Acuerdos Internacionales de Inversiones AII (bilaterales, regionales o sectoriales),¹⁸⁸ estimulado por los objetivos de promoción y protección de la IED. El sistema AII se compone de los tratados bilaterales de inversión (TBI), tratados para evitar la doble tributación (TDT), otros acuerdos que traten sobre inversiones como los tratados de libre comercio (TLC) y acuerdos de integración económica (AIE).¹⁸⁹

El universo del sistema AII conlleva retos dada su complejidad y tamaño, pues hasta el momento no se ha logrado alcanzar una homogenización, transparencia y reconocimiento legítimo sobre cuestiones de desarrollo, creando una estructura consistente de miles de acuerdos individuales que crean una falta de coordinación y coherencia del sistema. Este sistema no es estático, sino un marco dinámico que está en constante evolución y que plantea retos sin precedentes para los estados, en especial para aquellos en desarrollo, respecto a la negociación del acuerdo adecuado, la adecuada implementación de las obligaciones y el mantenimiento transparente y coherente del sistema.¹⁹⁰

De manera general, estos instrumentos tratan de promover la IED aportando a la creación de un entorno jurídico estable y favorable para la inversión, basándose en el supuesto de que al disponer de normas claras y viables para proteger a los inversores extranjeros reduce los riesgos políticos y, por lo tanto, aumenta el atractivo de los países receptores.¹⁹¹ Además, al dar a los inversores extranjeros acceso a mecanismos

¹⁸⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2014 - Panorama General* (Ginebra: UNCTAD, 2014) xi.

¹⁸⁷ Ibid. 25.

¹⁸⁸ International investment agreements IAA.

¹⁸⁹ Marie-Claire Cordonier Segger et al, Sustainable development, 15-16

¹⁹⁰ Ibid. 18-21.

¹⁹¹ Cordonier sostiene que el sistema AII se caracteriza por ser: Multinivel; Multifacético; De considerable homogeneidad; Proteccionista; Dinámico e innovador; Indirectamente promocional; Protector de los derechos de los inversionistas; Facilitador de transparencia; y, Cerrado a aspectos sobre desarrollo.

internacionales de arbitraje, los países receptores contraen el firme compromiso de cumplir sus obligaciones, lo que debería también redundar en una mayor confianza por parte de los inversores. Conforme la legislación y las normas de los países receptores se vuelven más propicias para los inversores extranjeros y convergen en aspectos clave, esos inversores otorgan cada vez más importancia a características como la coherencia normativa, la transparencia, la previsibilidad y la estabilidad. En general, los AII también pueden contribuir a la transparencia, la previsibilidad y la estabilidad del marco de inversión de los países receptores, y, en cierta medida, compensar las deficiencias institucionales del país.^{192 193}

Debe añadirse, como se dijo en el primer capítulo, que se puede aprovechar el universo AII para vincular la IED al desarrollo sustentable puesto que a través de obligaciones de protección de inversiones que estos instrumentos ofrecen, pueden obligar a los Estados receptores a que sus políticas ofrezcan un espacio para regular este asunto de interés público. Sin embargo, desde este aspecto del desarrollo sustentable, pueden aparecer ciertas complejidades respecto al impacto que puedan tener en cuanto a la preocupación que surge por las políticas públicas que afectan a todos los involucrados en las inversiones, por lo que se requiere de direccionar una adecuada respuesta política.¹⁹⁴

Este vínculo entre las AII y desarrollo se desarrolla desde tres áreas de formulación de políticas públicas que incluyen:

1. Combate al cambio climático. Mediante la promoción de inversiones en tecnologías verdes o, para desafiar los esfuerzos regulatorios destinados a reducir los gases de efecto invernadero;
2. Integración entre inversión y políticas industriales. Como herramienta de atracción de inversiones por ejemplo, creando un marco regulatorio estable o liberalizando los flujos de inversión, o también puede canalizar

¹⁹² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de IED hacia los Países en Desarrollo” (Ginebra: UNCTAD, 2009): 34-35.

¹⁹³ La UNCTAD determina como principales disposiciones de los AII: 1. Normas generales de trato una vez realizada la inversión: Trato justo y equitativo conforme al derecho internacional; Trato nacional; Trato de la nación más favorecida (NMF); 2. Protección de los inversores extranjeros: Garantías y compensación basadas en normas internacionales en caso de expropiación de propiedades extranjeras; y, Garantías de libre transferencia y repatriación del capital y los beneficios; y, 3. Solución de diferencias. En caso de diferencia acerca de una inversión, derecho del inversor extranjero a recurrir la medida del país receptor ante un tribunal de arbitraje internacional.

¹⁹⁴ Wolfgang Alschner y Elizabeth Tuerk, “The Role of international investment agreements in fostering sustainable development”, en Freya Baetens, ed., *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 16

la IED para ciertos sectores específicos. Esta función puede aún mejorarse si el AII contiene mecanismos específicos de actividades de promoción de inversiones.

3. Promoción de conducta empresarial responsable. Si bien los AII otorgan derechos a los inversionistas, no determinan obligaciones individuales para los mismos. Adicionalmente, no solo los Estados deben cumplir sus obligaciones, sino también los inversionistas para asegurar que la IED conduce a un desarrollo sustentable. Las AII pueden: a. exigir que las inversiones se sujeten a las normas y regulaciones para beneficiarse de la protección del instrumento; b. promover el uso de responsabilidad social empresarial; y, c. Rastreo e investigación de potenciales inversores.¹⁹⁵

La OECD hace una advertencia respecto al régimen de la ley de tratados (AII), ya que está dispersa en más de 3000 acuerdos internacionales de inversión adoptados durante un período de 50 años, convirtiéndose en una base crucial pero compleja para regular los flujos de inversión internacional.¹⁹⁶ El sistema ahora está bajo presión, con críticas tanto de fuentes tradicionales como tratadistas del libre mercado. Una crítica es que la ley de tratados de inversión crea derechos, pero no responsabilidades para los inversores extranjeros. Se cree que no dice nada sobre sus responsabilidades para las sociedades de acogida y sobre sus contribuciones al desarrollo sostenible. Algunos comentaristas también están preocupados de que las obligaciones de los tratados de inversión puedan limitar indebidamente la capacidad de los gobiernos anfitriones de promulgar las políticas públicas necesarias para promover el desarrollo sostenible y la conducta empresarial responsable.¹⁹⁷

En el siguiente cuadro, el presente autor intenta sistematizar las características, contenido general y beneficios que conlleva da uno de los instrumentos que conforman el sistema AII:

Matriz 9. Sistema AII

Instrumento AII	Situación en el mundo	Situación en el Ecuador	Carácter especial	Contenido específico	Beneficios
Tratados para evitar la doble	Más de 3000 TDT basados	Según datos del Sistema de	Acceso directo de los	Ámbito de aplicación;	Evitan tributar por los

¹⁹⁵ Ibid., p. 221

¹⁹⁶ Kathryn Gorden, Joachim Pohl, Marie Bouchard, *OECD Working Papers on International Investment. Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey* (Paris: OECD Publishing, 2014): 3-6.

¹⁹⁷ Ibid.

tributación TDT	en el Modelo ONU y en Modelo OCDE. ¹⁹⁸ Para el año 2016, existían más de 3324 AII alrededor del mundo, de los cuales al menos son parte 108 países, ¹⁹⁹ de los cuales 2364 son TIB vigentes. ²⁰⁰	Rentas Internas, el Ecuador ha suscrito y se encuentran vigentes un total de 17 TDT. ²⁰¹	contribuyentes a los beneficios en los Estados contratantes. ²⁰²	distribución de la potestad tributaria entre los Estados; y, métodos para evitar la doble Imposición ²⁰³	misimos ingresos en el país de origen y el país receptor. Además contribuyen a la prevención de la evasión fiscal, el arbitraje y la solución de diferencias. ²⁰⁴
Tratados Bilaterales de Inversión TBI		Denuncia de más de 20 TBI ²⁰⁵ por afectación a la soberanía nacional al ceder su jurisdicción para la resolución de controversias. ²⁰⁶	Acuerdos de cooperación económica para fomento de inversiones recíprocas con garantías frente a riesgos políticos, mediante de un régimen de obligaciones y derechos entre los Estados	Estándar de trato justo y equitativo; trato no discriminatorio; ²⁰⁸ arbitraje como medio de solución de controversias; ²⁰⁹ y, cláusulas de supervivencia. ²¹⁰	Acceso del inversor particular a prerrogativas y cláusulas de garantía determinadas en el instrumento. ²¹¹

¹⁹⁸ Brian J. Arnold, Introducción a los Tratados Tributarios, 1.

¹⁹⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy* (Ginebra: Publicaciones de las Naciones Unidas, 2017): xii.

²⁰⁰ Tomado de la página web de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

²⁰¹ Los 17 TDT que ha suscrito el Ecuador y se encuentra vigentes son con los siguientes países: Alemania; Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá; Chile; Corea; España; Francia; Italia; México; Rumania; Singapur; Suiza; Uruguay; China; y la Comunidad Andina. Tomado de la página web del Servicio de Rentas Internas < <http://www.sri.gob.ec/web/guest/fiscalidad-internacional1>>.

²⁰² *Ibíd*, 2.

²⁰³ Sandro Vallejo, Galo Maldonado, *Los convenios para evitar la doble imposición* (Quito: Fiscalidad SRI): 52-56.

²⁰⁴ UNCTAD, El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión, 18.

²⁰⁵ Acorde a datos proporcionados por la Dirección General de Instrumentos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador, son 9 TBI los que han sido denunciados a la fecha con los siguientes países: Honduras, Finlandia, República Dominicana, Nicaragua, Rumania, El Salvador, Paraguay, Cuba, Guatemala.

²⁰⁶ Véase el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador No. 023-10-DTI-CC, de 24 de junio de 2010. Caso del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital.

²⁰⁸ Nicolás Perrone, “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”, Foro 17 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012): 68-70.

²⁰⁹ UNCTAD, El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión, 15.

²¹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión* (Ginebra: UNCTAD, 2017): 4.

²¹¹ Christian Masapanta Gallegos, “Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (Caso No. 0006-10-TI)”. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre 2012) (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012): 155.

			contratantes, 207		
Acuerdos de Integración Económica AIE		Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños CELAC; Asociación Latinoamericana de Integración ALADI; Mercado Común del Sur MERCOSUR; Alianza del Pacífico.	Aunque están enfocados a la facilitación del comercio internacional y el movimiento transfronterizo de factores de producción entre las partes contratantes, ahora también en mayor medida lo hacen en de cuestiones relacionadas con la inversión. ²¹²	Disposiciones de entrada de la IED; promoción y protección; liberalización mediante compromiso de establecimiento o previo y trato NMF; y otras normas relevantes como la política de competencia. ²¹³	

Fuente: UNCTAD

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

La eficacia y eficiencia de los AII no se verifican por la suscripción de los mismos per se, sino que deba considerar además los determinantes económicos que interactúan con los determinantes institucionales y de política de la IED, haciendo que esos países resulten más o menos atractivos para la inversión. Entre los determinantes generales para que fluya el flujo de IED, además de un AII, es esencial también examinar:

- El atractivo económico de esos países por lo que respecta al tamaño y el crecimiento de su mercado;
- La disponibilidad de recursos naturales y su costo; y,
- La disponibilidad de insumos tales como la mano de obra cualificada, los servicios de infraestructuras o los bienes intermedios.²¹⁴

Sin embargo, el objetivo de los AII ha sido el de tratar de promover la IED contribuyendo a crear un entorno jurídico estable y favorable para la inversión. Se basan en el supuesto de que disponer de unas normas claras y viables para proteger a los inversores extranjeros reduce los riesgos políticos y, por lo tanto, aumenta el atractivo de los países receptores. Además, al dar a los inversores extranjeros acceso a mecanismos

²⁰⁷ Georgina Garriga Suau, “Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)”. En Jorge Luis Collantes González, edit., *Derecho Internacional económico y de las inversiones extranjeras* (Lima: Palestra, 2009): 280-330.

²¹² UNCTAD, *El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión*, 59.

²¹³ *Ibid.*, 60.

²¹⁴ UNCTAD, *El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión*, 51.

internacionales de arbitraje, los gobiernos de los países receptores contraen el firme compromiso de cumplir sus obligaciones, lo que debería también redundar en una mayor confianza por parte de los inversores.²¹⁵

5. Principales incentivos para la IED en Ecuador

Son varios los factores que determinan que un inversor extranjero localice su capital en el Estado receptor, pues deberá evaluar desde temas políticos, económicos, monetarios y otros más que ya se han analizado anteriormente. Antes de recoger lo que la normativa ecuatoriana determina en cuanto al tratamiento del capital extranjero, se realizará un breve análisis sobre los aspectos políticos y económicos que afectan al ingreso de capital provenientes de la IED al Ecuador

Análisis político y económico

El flujo de IED en Ecuador es uno de los más bajos en Latinoamérica con apenas un ingreso de 606 millones de dólares en el año 2017, significando un receso del 20% en comparación al año 2016, debido principalmente a la caída del sector extractivo.²¹⁶ Sin embargo, también se han de considerar los aspectos políticos y económicos por los cuales el país no es un escenario atractivo para este flujo de capital.

Según la Agencia BTI, la limitada inversión extranjera directa que recibe el país se debe al impacto de las siguientes barreras:

- Durante el gobierno del ex Presidente Rafael Correa, la incertidumbre legal y la falta de claridad económica preocuparon a los empresarios, debido a ciertas actitudes y políticas intervencionistas por parte del gobierno;
- Las leyes y regulaciones limitan en cierta medida la participación del sector privado en los sectores estratégicos;
- Las empresas estatales se han vuelto cada vez más importantes sobre todo en sectores estratégicos como extracción de recursos, telecomunicaciones y transporte;
- El país ocupa el puesto 159 en el Índice de Libertad Económica 2016 con una puntuación de 48,6, que está muy por debajo de los promedios

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, 2018* (Santiago: CEPAL, 2018): 52.

mundiales y regionales, aunque con algunas mejoras en relación con la libertad de inversión, la libertad de comercio y la libertad laboral; y,

- Según datos del Banco Mundial, comenzar un negocio en Ecuador 2016 lleva 49 días y 11 procedimientos administrativos.²¹⁷

De igual forma, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en su Declaración sobre el Clima en las Inversiones del año 2018, identifica los siguientes obstáculos para la IED en el Ecuador, entre otros, los siguientes:

- Política económica, comercial y de inversiones sujetas a frecuentes cambios;
- Incremento de riesgos y costos para hacer negocios por la complejidad legal resultante de la aplicación inconsistente e interpretación de las normas;
- Solución de conflictos con inversores pueden politizarse, especialmente en áreas sensibles como el sector energético y petrolero;
- Denuncia de los tratados bilaterales de inversión; y,
- Corrupción.²¹⁸

Análisis normativo

El principal cuerpo normativo que regula este tema es el COPCI, que recoge y ofrece seguridad jurídica a los inversores extranjeros en cinco principales aspectos que se han sistematizado en la siguiente matriz:

Matriz 10. Aspectos relevantes para IED en el Ecuador

Área de interés para la IED	Contenido
Estabilidad jurídica	Sobre toda la normativa sectorial específica que hubiese sido declarada como esencial en los contratos de concesión u otros títulos habilitantes para la gestión de sectores estratégicos o la provisión de servicios públicos por el plazo del contrato de inversión; ²¹⁹
Estabilidad tributaria.	Para inversiones explotación de minería metálica a mediana y gran escala y otros sectores, incluyendo industrias básicas, siempre

²¹⁷ Bertelsmann Stiftung, *BTI 2018 Country Report — Ecuador*. (Gütersloh: Bertelsmann Stiftung, 2018): 21-22

²¹⁸ Investment Climate Statement for 2017 – Ecuador. Tomado de la pagina web <<http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/investmentclimatestatements/index.htm?year=2017&dclid=270066>>

²¹⁹ Ecuador: Ley Orgánica de incentivos para Asociación Público – Privadas y la inversión extranjera, en Registro Oficial No. 652, Suplemento (Quito: 18 de diciembre de 2015): Disposición Reformatoria Primera, núm. 6. En adelante a esta Ley Orgánica se la denominará LOIAPP

	que el monto de inversión sea mayor a 100 millones de dólares y sea cuente con Informe técnico realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país, por el plazo del contrato de inversión; ²²⁰
Derecho de propiedad de los inversionistas	Se prohíbe la confiscación y de manera excepcional se procederá a la expropiación de inmuebles en casos de ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, debiendo seguir el procedimiento legal establecido y con previa valoración y pago de una indemnización justa y adecuada; ²²¹
Igualdad de condiciones	Respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de las inversiones, evitando medidas arbitrarias o discriminatorias (Principio de Trato no discriminatorio y Principio de Trato Justo y Equitativo); ²²²
Resolución de conflictos	Se propone que sea amistosa y jurisdicción arbitral nacional o internacional. ²²³

Fuente: COPCI

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

La legislación ecuatoriana recoge parámetros internacionales que son de gran peso al momento de localizar los capitales extranjeros y que los autores recopilados en este trabajo confirman en sus estudios. De igual manera, se debe aclarar que no depende únicamente de la incorporación de estos parámetros al sistema de inversiones del Ecuador, sino que también deben tener un alto grado de desarrollo que refleje la madurez y avance en el tratamiento de la IED en el país. Debe también decirse que la norma por sí sola no es suficiente para construir un sistema sólido, pues también depende de los temas políticos y económicos del Ecuador.

De igual forma, el mismo COPCI establece incentivos tributarios²²⁴ para proyectos de investigación, de la siguiente:

²²⁰ Ibid., núm. 4.

²²¹ COPCI, art. 18.

²²² Ibid., art. 17.

²²³ Ibid., art. 27.

²²⁴ El COPCI desarrolla los siguientes incentivos tributarios: 1. Generales: Reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta; Los determinados para las ZEDE: Exención del pago de los tributos al comercio exterior, excepto las tasas por servicios aduaneros de las mercancías extranjeras que ingresen a dichas zonas para el cumplimiento de los procesos autorizados; Deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta, como mecanismos para incentivar la mejora de productividad, innovación y para la producción eco-eficiente; Beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores; Facilidades de pago en tributos al comercio exterior; Deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno; Exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo; Exoneración del anticipo al impuesto

- *General*, para toda inversión en todas las áreas y dirigido especialmente al Impuesto a la Renta que genere la empresa extranjera en territorio ecuatoriano, entre otros incentivos como exenciones y exoneraciones en otros tributos.
- *Sectoriales*, En caso la IED se dirija a sectores de interés nacional como el cambio de matriz energética;
- *Zona deprimida*, Incentivo de proyectos de proyectos en zonas deprimidas;
- *Alianza Público – Privado*, accesos a exenciones de distintos impuestos a este tipo de proyectos.

Se hace notar nuevamente que, si bien el Estado ecuatoriano ofrece incentivos tributarios, estos no son suficientes para atraer la inversión al país. Se requiere de todo un sistema nacional de tratamiento de inversiones que le den certeza y seguridad jurídica al inversionista. El Ecuador puede ofrecer al inversionista extranjero la eliminación del impuesto a la Renta, pero debe enfrentarse a riesgos como la imposibilidad de reexportar sus ganancias, definitivamente el inversionista pensará dos veces antes de localizar el capital pues son medidas disparejas, desproporcionadas y que imponen una barrera a la IED. Todo el sistema tributario para IED debe ser coordinado y apegado a la realidad nacional, que beneficie al inversor extranjero y que responda a los intereses nacionales.

6. Elementos fundamentales para construir un régimen jurídico favorable para la IED en el Ecuador

El desarrollo de un régimen regulatorio eficiente y justo es un elemento importante de un clima atractivo para la inversión extranjera, que no es una simple oferta de posibles inversores de beneficios tributarios o de un trato beneficiosos, por el contrario, estas medidas pueden constituirse en incentivos que distorsionan el mercado e involucra un sacrificio financiero injustificado para el país receptor. Es por ello que es más importante y necesario un marco regulatorio que provea a los inversores una protección confiable de la propiedad y de sus derechos contractuales mediante una legislación amplia, de efectiva aplicación y con mecanismos de resolución de conflictos efectivos. Es también importante que exista eficiencia y honestidad por parte de la administración pública quien es la encargada principal de ejecutar y administrar el régimen legal, pero también es

a la renta por cinco años para toda inversión nueva; y, Reforma al cálculo del anticipo del impuesto a la renta; 2. Sectoriales; 3. Zonas deprimidas; y, 4. Alianza Público – Privada.

necesario que exista un buen e íntegro manejo del funcionamiento del poder judicial y de los órganos encargados de hacer cumplir la ley.²²⁵

Shihata añade que además es importante la regulación de dos áreas: financiera y laboral. El área financiera puesto que un Estado se vuelve atractivo cuando cuenta con un mercado financiero desarrollado, por lo que es necesario incorporar normas adecuadas de contabilidad, auditoría y difusión. Por otro lado, en el ámbito laboral, considera que es un elemento importante para la IED que se ha convertido en uno de los mayores retos para los países pues deben encontrar un balance aceptable entre la estabilidad y justicia social por un lado y por otro una fuerza de trabajo ordenado.²²⁶

Para recibir grandes flujos de IED es necesario adecuar el marco normativo a las condiciones internacionales, dada la fuerte competencia entre los países en desarrollo por atraer este tipo de financiación externa, especialmente reducir la incertidumbre y complejidad en el régimen tributario, simplificar la normatividad excesiva que regula la IED, reducir la corrupción, entre otras²²⁷. Además, se necesita seguir creando condiciones que hagan atractivo el país para este tipo de recursos como la firma de tratados comerciales, mejorar la infraestructura, aumentar la disponibilidad de mano de obra calificada y la capacidad tecnológica, mejorar el clima de negocios y promover vínculos entre empresas extranjeras y nacionales.²²⁸

Un apropiado marco regulatorio debería aspirar a remover las barreras en la entrada de insumos (bienes y servicios, especialmente tecnología extranjera), permitiendo el flujo de información y promoviendo la competencia. Las restricciones, cuando son justificadas, deberían ser transparentes, claramente determinadas y justamente aplicadas, debiendo ser apeladas cuando se alegue abusos.²²⁹

Las reglas aplicables a la entrada, tratamiento y salida de las inversiones extranjeras directas generalmente están codificadas en un código único, que no se

²²⁵ Ibrahim Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment: "The World Bank Lines"* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 24-5.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ La República del Perú posee la Ley de Promoción de las Inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, de 20 de mayo de 2015, con la cual busca simplificar los procesos administrativos en temas ambientales, tributarios, entre otros, que generen trabas en los proyectos de los inversionistas y que generan pérdida de tiempo y dinero. De igual manera, el Reglamento de las disposiciones sobre seguridad jurídica en materia administrativa contenidas en la ley marco para el crecimiento de la inversión privada, expedida el 2 de diciembre de 1992, reglamenta las normas relativas a la seguridad jurídica en materia administrativa previstas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, publicada el 13 de noviembre de 1991.

²²⁸ Aarón Garavito et al, *IED en Colombia: Evolución reciente y marco normativo* (Bogotá: Banco de la República de Colombia, 2012): 33.

²²⁹ Shihata, *Legal Treatment*, 25-26.

convierte necesariamente en un requisito esencial. De hecho, muchos de los países que han atraído grandes volúmenes de IED en el pasado, no han tenido uno de estos códigos. Lo que realmente importante es que las reglas aplicables sean claras y fácilmente identificables, que proporcionen imparcialidad, trato no discriminatorio, restrinja el rol de las agencias gubernamentales en decisiones de inversiones y que no existan amplias investiduras de poder en manos de funcionarios públicos.²³⁰

El presente capítulo quiere dejar sentadas las bases de lo que se considera una IED a nivel internacional y como es su tratamiento general en el Estado ecuatoriano, los riesgos a los cuales se enfrentan y cuales beneficios e incentivos tienen en el país. La normativa existente es bastante clara en ciertos aspectos, pero aún hay temas por desarrollar y que pueden ser de interés para el inversionista extranjero, como es el de la transferencia de tecnología, otros incentivos que no sean tributarios.

Tampoco debe confundirse que la expedición de normas de manera indiscriminada y excesiva regulando cada aspecto de la IED va a permitir la entrada de capitales al Ecuador. Por el contrario, derivaría en un sistema complejo, disperso y descoordinado, con el cual también se entendería que el Estado tiene políticas muy intervencionistas. Por ello también es necesario examinar la situación del país en el contexto internacional pues no puede quedar aislado del sistema AII que hoy en día es de gran tamaño y trascendencia. Debe empezar el Estado ecuatoriano a negociar nuevos instrumentos AII pues ya ha procedido con la denuncia de los TBI de los que fuera parte y debiendo además considerar el tema de solución de controversias ya que la CRE es clara sobre este tema.

Dada la situación económica del país, la normativa ecuatoriana –en específico el COPCI-, se ha enfocado casi exclusivamente a la promoción de inversiones en el área productiva. A criterio personal, el Estado ecuatoriano habrá determinado como prioritario, pero no debe descuidar otros sectores importantes para la dinamización de la economía ecuatoriana como son energía, turismo, cultura, entre otros. Incluso, como Sorhnaraja ha planteado, esto puede generar una distorsión del mercado al pretender beneficiar o impulsar un área específica.

Con todo esto dicho, el segundo capítulo se enfocará en lo que es la IED en energía renovable, su tratamiento en el Ecuador y que propuestas pueden implementarse en el país para su protección.

²³⁰ Ibíd.

Capítulo III

La IED para energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador

El ex Presidente de Costa Rica y ganador del Premio Nobel de la Paz, doctor Oscar Arias, sostiene que por largo tiempo se ha creído que los intereses económicos y ambientales son intrínsecamente opuestos, pero que ahora el mundo está despertando lentamente de este pensamiento anticuado, llegando a reconocer que tanto el comercio como la conservación de los recursos naturales son en realidad medios más que fines como tales y cuyo objetivo común de estos distintos campos es el bienestar del ser humano.²³¹

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2015 (ODM) de las Naciones Unidas se constituyen en el esfuerzo de todas las naciones del planeta y todas las instituciones de desarrollo más importantes a nivel mundial para ayudar a los más pobres del mundo mediante la reducción de la extrema pobreza, la detención de la propagación del VIH/SIDA y la consecución de la enseñanza primaria universal.²³² Para la consecución de este fin, su Objetivo 7 busca Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y en específico su meta 7.A busca “Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente”.

Conforme las definiciones desarrolladas en el primer capítulo del presente trabajo, ya sabemos que la IED no se limita únicamente al flujo de capital, sino también a la transferencia de conocimiento, tecnología y otros recursos que pueden aportar al desarrollo sustentable y protección del medio ambiente.

El rol de las inversiones extranjeras directas en la implementación de la agenda de desarrollo sustentable es muy importante puesto que implica el flujo continuo de capital a países en desarrollo, considerándose como uno de los más importantes motores del desarrollo. Así, estos países compiten por atraer inversión internacional privada dando lugar al aumento del interés por políticas y leyes que permitan crear condiciones equitativas y estables para esta “competencia”.²³³

²³¹ Marie-Claire Cordonier Segger et all, *Sustainable Development in World Investment Law* (Países Bajos: Kluwer Law International, 2011): xviii.

²³² Organización de las Naciones Unidas, “PODEMOS ERRADICAR LA POBREZA. Objetivos del desarrollo del milenio y más allá del 2015”. Tomado de la página web <http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>.

²³³ Marie-Claire Cordonier, “Sustainable Development”, lxix.

Si bien la inversión extranjera tiene una influencia directa sobre las sociedades y el medio ambiente donde se localice, los derechos del inversor extranjero están a menudo sujetos y condicionados a la voluntad del Estado receptor en cuanto la priorización y regulación de su agenda política en temas ambientales y sociales, que influirá en la recepción de IED de manera positiva o negativa. Por un lado, la inversión extranjera sirve como una importante fuente de financiamiento externo para los países en desarrollo, mismos que cuentan con estos flujos para respaldar las prioridades de desarrollo económico nacionales e internacionales. En este sentido, la IED puede contribuir al crecimiento del Producto Interno Bruto PIB de los países en desarrollo, creando nuevos empleos, facilitando la transferencia de nueva tecnología, estimulando el mercado de exportaciones y aliviando la pobreza; por lo tanto, un país en desarrollo requiere evaluar con cuidado leyes o políticas que puedan poner en peligro su condición de futuro receptor de IED. Por otro lado, es altamente deseable apoyar a los países en desarrollo en sus intentos de regular adecuadamente la protección del medio ambiente y el mejoramiento de la calidad de vida de sus poblaciones. Sin estas normas y políticas, la actual competencia entre países en desarrollo por la atracción de IED podría generar una “carrera al vacío” en términos de regulación, afectando las perspectivas de reformas políticas alcanzadas para un desarrollo sustentable.²³⁴

Para el año 2016, se invirtieron \$241.6 billones de dólares a nivel mundial en energía renovable, sin contar proyectos hidroeléctricos a gran escala.²³⁵

El rápido crecimiento de la demanda de energía en medio de preocupaciones sobre la seguridad energética y el aumento de los impactos climáticos presentan a los países de América Latina la oportunidad de repensar su combinación energética, pues cuenta con vastos recursos energéticos, tanto fósiles como renovables. Así también, tiene una de las mayores participaciones en energías renovables con mas del 60% de presencia al año 2013, derivada del desarrollo histórico de la energía hidroeléctrica y la bioenergía.²³⁶ Los países latinoamericanos deben considerar que lo que está en juego es un acto de equilibrio entre la seguridad energética, la sostenibilidad ambiental y la competitividad económica.²³⁷

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Frankfurt School-UNEP, *Global Trends in Renewable Energy Investment 2017* (Frankfurt: Frankfurt School-UNEP Centre, 2017): 11.

²³⁶ International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy Market Analysis: Latin America* (Abu Dhabi: IRENA, 2016): 12.

²³⁷ Ibid. 23.

Hasta el año 2016, casi todos los países han impulsado el desarrollo de la energía renovable de manera directa a través de una mezcla de políticas a nivel nacional, sectorial y local. Los Estados han venido implementando una serie de objetivos para la energía renovable y políticas de apoyo e incentivo para la atracción de inversiones, impulso para implementación de proyectos, fomento a la innovación, flexibilización en la infraestructura energética y respaldo al desarrollo de tecnologías habilitantes como almacenamiento de energía.²³⁸

Se evidencia una tendencia global por mejorar la eficiencia energética en todos los sectores, en todos los niveles del gobierno y en el sector privado. En todo el mundo, existe un reconocimiento creciente de que la eficiencia energética desempeña un papel clave en la reducción de la contaminación y que puede proporcionar múltiples beneficios adicionales, que incluyen una mayor seguridad energética, un menor consumo de combustible y una mejor salud. De igual manera, la preocupación por el ahorro de energía ha ayudado a que las energías renovables puedan satisfacer una mayor proporción de la demanda de energía y a ingresar a nuevos mercados.²³⁹

A nivel latinoamericano, durante la última década muchos países de la región se han beneficiado del aumento de los precios de los bienes y productos básicos, permitiendo a su vez que se eleven los precios del petróleo. Este periodo de precios elevados de petróleo ha jugado un papel importante en las políticas fiscales y de redistribución de los principales países exportadores de petróleo (México, Venezuela, Colombia y Ecuador), beneficiando a la producción de energía de fuentes renovables.²⁴⁰ En este contexto, los costos de energía renovables rápidamente decrecientes combinados con políticas estatales de apoyo están impulsando un notable despliegue de fuentes renovables no hidroeléctricas, en particular eólica y solar, para satisfacer el crecimiento de la demanda en la región. Desde 2004, la inversión en energías renovables en América Latina (excluyendo las grandes hidroeléctricas) se ha multiplicado por once, en comparación con un aumento de seis veces en todo el mundo.²⁴¹

Al igual que las otras áreas a las que se dirige la IED que se habían descrito en la parte inicial de este trabajo (véase Matriz 2 y Matriz 3), la IED para energía renovable también está sujeta a los riesgos políticos y económicos propios de los países en los cuales

²³⁸ Renewable Energy Policy Network for the 21st Century, *Renewables 2017: Global Status Report* (Paris: REN21 Secretariat, 2017): 26.

²³⁹ *Ibid.* 27.

²⁴⁰ IRENA, *Renewable Energy Market Analysis: Latin America*, 33.

²⁴¹ *Ibid.* 49.

el inversor desea localizar su capital, por lo que es necesario recalcar que los Estados receptores brinden las condiciones necesarias para ofrecer seguridad y certeza jurídica para estos tipos de proyectos.

Para el impulso a la ampliación de la energía renovable, se han dado a nivel mundial una amplia variedad de políticas y mecanismos de protección específicos para la IED de energía renovable de fuentes no convencionales, incluidas las tarifas preferenciales o *feed-in-tariff* (FIT), licitaciones, medición neta e incentivos fiscales, mismas que han proporcionado al desarrollo económico, la protección del ambiente y la seguridad nacional. Los avances tecnológicos, la reducción de los costos y el mayor alcance de las energías renovables han exigido que los países sigan evolucionando sus políticas para estimular el despliegue e integración de la energía renovable de la manera más efectiva posible.²⁴²

La importancia de incentivar la generación de electricidad en el Ecuador, especialmente de fuentes renovables no convencionales, se basa en el crecimiento económico que permite el mejoramiento de la calidad de vida de la población y, por tanto, en un incremento de la demanda interna de energía. Analizado desde el aspecto socioeconómico, la eficiencia energética es un mecanismo para la generación de empleo de alta especialización en la aplicación de programas y proyectos de gran impacto que, a su vez, permite un desarrollo descentralizado y promueve la investigación y la generación de conocimiento local.²⁴³

De igual manera, la propuesta de esta investigación se enfoca a la generación de energía renovable de fuentes no convencionales, excluyendo a la energía hidroeléctrica, pese a ser una tecnología madura por dos razones principales. Primero, se busca impulsar proyectos de IED en energía renovable de otras fuentes renovables en el Ecuador como la eólica, solar y biomasa; y, segundo, si bien es considerada una energía limpia, las grandes hidroeléctricas de almacenaje tienen impactos ambientales y sociales.

La Agencia Internacional de Energía señala que uno de los principales beneficios de las tecnologías de energía renovable es la reducción del CO₂ como consecuencia de la sustitución de combustibles fósiles usados en la generación de energía y calefacción, así como en el transporte. No obstante, se debe señalar que no se eliminan las emisiones de CO₂ de estas tecnologías, sino que se reduce al mínimo el ciclo de vida de emisiones y

²⁴² IRENA, Renewables 2017: Global Status Report, 26.

²⁴³ Ecuador: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, “Plan Nacional de Eficiencia Energética”, (Quito: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, 2017): 14

muy por debajo de los combustibles fósiles.²⁴⁴ Además de la reducción de emisiones de CO₂, existen otros impactos ambientales que pueden ser:

- Calidad del aire. Además del CO₂, existen otros agentes contaminantes como gases, partículas de materia, mercurio, entre otros, que afectan de manera negativa al ser humano y al ambiente. Estos otros agentes pueden provenir por ejemplo de proceso de combustión de carbón. Entre las energías de mejor rendimiento y baja contaminación del aire son la eólica, oceánica y fotovoltaica. La bioenergía depende de las condiciones de cosecha, transporte y conversión de la energía;²⁴⁵
- Consumo de agua. El agua puede ser requerida en varias etapas de producción y conversión de combustibles, así como en la manufactura de las plantas de conversión. La energía eólica y fotovoltaica son las que tienen menos afectación en este elemento;²⁴⁶
- Uso de tierra. Las tecnologías de generación eléctrica renovable requieren de tierra para poder operar, así como las tecnologías de fuentes combustibles para la extracción, procesamiento y transporte. La energía solar es la que más espacio ocupa, pero generalmente los equipos se ubican en desiertos o áreas de baja densidad poblacional o que se sobreponga con agricultura u otros usos humanos. De igual manera, no tiene mayor afectación cuando son ubicados en edificios. En cuanto a la energía hidroeléctrica, dependiendo del tipo de tecnología, puede ocupar grandes espacios como los embalses o relativamente pequeñas áreas para las tecnologías de pasada. Similar ocurre con la bioenergía, que puede tener diferentes necesidades de tierra de acuerdo a la materia prima usada por la planta; si es cultivada con ese fin o son usados desechos.²⁴⁷

Se quiere añadir respecto a la energía hidroeléctrica que se puede distinguir dos momentos en que se produce una afectación ambiental local: 1) al momento de la construcción de la infraestructura por el uso extensivo de la tierra: apertura de carreteras, construcción de acueductos y represas, entre otros; y, 2) por la ubicación de los reservorios con un impacto directo sobre poblaciones animales y vegetales. Finalmente,

²⁴⁴ Simon Muller et al, *Renewable Energy. Policy considerations for renewable* (Paris: IEA, 2011): 17-21

²⁴⁵ *Ibid.*, 22

²⁴⁶ *Ibid.*, 24

²⁴⁷ *Ibid.*, 25

se debe añadir la consideración de emisión de gases de efecto invernadero de las plantas de reservorio que aún se encuentra en estudio y debate.²⁴⁸

1. Definiciones

i) **Energía renovable**

La energía renovable es aquella “[...] producida o derivada de fuentes que se renuevan de manera infinita (agua, luz solar, viento, entre otros) o de combustibles renovables (biomasa producida de manera sostenible). Suele expresarse en unidades energéticas y, en el caso de los combustibles, suele basarse en el poder calorífico neto.”²⁴⁹

Para la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés), la energía renovable es la energía que se deriva de procesos naturales (por ejemplo, la luz solar y el viento) que se reponen a una tasa más alta de la que se consumen. Son fuentes de energía renovable la solar, eólica, geotérmica, hidroeléctrica, la bioenergía y la energía del océano. El rol de las energías renovables sigue aumentando en los sectores de electricidad, refrigeración y calefacción, así como en el transporte.²⁵⁰

El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable del Ecuador indica que la energía renovable “[...] se obtiene de fuentes naturales virtualmente inagotables, ya sea por la inmensa cantidad de energía que contienen, o porque son capaces de regenerarse por medios naturales. Entre las energías renovables se cuentan la eólica, geotérmica, hidroeléctrica, mareomotriz, solar, undimotriz, la biomasa y los biocombustibles.”²⁵¹

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica también desarrolla las siguientes definiciones:

[...] 8. Energía eléctrica: Flujo de electrones producido con base en fuentes primarias de energía, mediante generadores eléctricos, transportada y distribuida hasta las instalaciones del consumidor o usuario final.

9. Energías renovables: Son las procedentes de fuentes que no disminuyen por efecto de su utilización: hidráulica, eólica, solar, geotérmica, biomasa, mareomotriz, nuclear y otras.

²⁴⁸ International Energy Agency, *Environmental and health impacts of electricity generation. A comparison of the Environmental Impacts of Hydropower with those of other Generation Technologies* (Paris: IEA, 2002): 109-133

²⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, *Glosario sobre el cambio climático y bioenergía* (FAO: Roma, 2009) 53.

²⁵⁰ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <http://www.iea.org/topics/renewables/>.

²⁵¹ Tomado de la página web del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable del Ecuador <http://www.energia.gob.ec/subsecretaria-de-energia-renovable-y-eficiencia-energetica/>.

10. Energías renovables no convencionales: Se consideran como energías renovables no convencionales a las fuentes: solar, eólica, geotérmica, biomasa, mareomotriz, hidroeléctrica de capacidades menores, en los términos y condiciones establecidas en la normativa, y otras que se llegaren a definir en la regulación respectiva [...]²⁵²

El Reglamento COPCI, al hablar de los incentivos al sector de energía renovable, entrega una definición de la misma:

“[...] energía cuya fuente reside en fenómenos de la naturaleza, procesos o materiales susceptibles de ser transformados en energía aprovechable por la humanidad que se regeneran naturalmente, por lo que se encuentran disponibles de forma continua o periódica, tales como: Sol (energía solar), Viento (energía eólica), Ríos y Corrientes de Agua Dulce [...] Mares y Océanos (energía mareomotriz), Calor de la Tierra (energía geotérmica). Se incluye producción de biomasa [...]²⁵³

Bioenergía y biomasa

La Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) define a la bioenergía como la energía derivada de la conversión de la biomasa, donde la biomasa puede ser utilizada directamente como combustible o procesado en líquidos y gases.²⁵⁴

La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO por sus siglas en inglés) determina que la bioenergía “[...] abarca todas las formas de energía obtenida a partir de combustibles orgánicos (biocombustibles) de origen biológico empleados en la producción de energía. Engloba tanto a los cultivos producidos para obtener energía como a las plantaciones y subproductos (residuos y desechos) con múltiples finalidades. El término subproducto incluye subproductos sólidos, líquidos y gaseosos derivados de las actividades humanas [...]²⁵⁵

La biomasa es cualquier materia orgánica, descomponible, derivada de plantas o animales disponibles en una base renovable. La biomasa incluye madera y residuos agrícolas, cultivos herbáceos y cultivos energéticos leñosos, residuos orgánicos municipales, así como el estiércol.²⁵⁶

²⁵² Ecuador: Ley orgánica del servicio público de energía eléctrica, en Registro Oficial, Suplemento, No. 418 (Quito: de 16 de enero de 2015): art. 3. En adelante se cita esta Ley como LOSPEE.

²⁵³ RCOPCI, art. 17, letra G.

²⁵⁴ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <http://www.iea.org/topics/renewables/subtopics/bioenergy/>

²⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, Glosario, 24.

²⁵⁶ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <http://www.iea.org/topics/renewables/subtopics/bioenergy/>

La biomasa, materia orgánica de origen vegetal o animal, incluyendo los materiales procedentes de su transformación natural o artificial, se clasifica en:

- *Biomasa natural*. Producida en la naturaleza sin la intervención humana;
- *Biomasa residual*. Generada por cualquier actividad humana, principalmente en procesos agrícolas, ganaderos y los del propio hombre, tales como basuras y aguas residuales; y,
- *Biomasa producida*. Cultivada con el propósito de obtener biomasa transformable en combustible, como la caña de azúcar.²⁵⁷

Energía solar

La energía solar es la conversión de la luz solar en formas de energía utilizables generalmente a través de estas tres tecnologías solares establecidas:

- *Fotovoltaica solar*. Conversión directa de la energía solar en electricidad mediante sistemas solares fotovoltaicos (PV);
- *Concentración de energía solar*. Concentración de energía solar o electricidad solar térmica en dispositivos para calentar un receptor a altas temperaturas para transformar en electricidad; y,
- *Calefacción y refrigeración solar*. Producción de calor a través de tecnologías solares térmicas para el agua caliente, la calefacción de espacios y los procesos industriales.²⁵⁸

Energía eólica

La energía eólica es el aprovechamiento de la energía cinética creada por el aire en movimiento para producir electricidad usando turbinas eólicas o sistemas de conversión de energía eólica.²⁵⁹

El aprovechamiento de la energía eólica se lo puede hacer en tierra como en alta mar.²⁶⁰

²⁵⁷ Secretaría de Energía de la República de Argentina, *Energías renovables. Diagnóstico, barreras y propuestas* (Secretaría de Energía: Buenos Aires, 2009) 14.

²⁵⁸ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<https://www.iea.org/topics/renewables/solar/>>

²⁵⁹ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía Renovable (IRENA por sus siglas en inglés) <<http://www.irena.org/wind>>

²⁶⁰ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<https://www.iea.org/topics/renewables/wind/>>

Energía geotérmica

La energía geotérmica es derivada del calor existente dentro de la superficie de la tierra que al entrar en contacto con el agua y/o el vapor, llevan la energía geotérmica a la superficie de la Tierra. Dependiendo de sus características, la energía geotérmica se puede utilizar para fines de calefacción y refrigeración o se puede aprovechar para generar electricidad limpia.²⁶¹

La energía geotérmica puede proporcionar calefacción, refrigeración y generación de energía de carga base a partir de recursos hidrotermales de alta temperatura, sistemas de acuíferos con temperaturas bajas y medias y recursos de roca caliente. Cada fuente geotérmica es única en su ubicación, temperatura y profundidad de la piscina, por lo que se cuenta con varias tecnologías geotérmicas como los sistemas de vapor flash, vapor seco, binario y geotérmico mejorado (EGS) son las principales tecnologías geotérmicas para la generación de energía.²⁶²

Oceánica

La Agencia Internacional de Energía Renovable dice que las mareas, las olas, y las corrientes pueden ser usadas para producir electricidad. Para el aprovechamiento de esta energía aún no existe tecnología avanzada, pero sigue en investigaciones por su futuro potencial.²⁶³

A la fecha, existen las siguientes tecnologías de energía oceánica:

- Poder mareomotriz. La energía potencial asociada con las mareas se puede aprovechar mediante la construcción de un dique u otras formas de construcción a lo largo de un estuario;
- Corrientes marinas. La energía cinética asociada a las corrientes de marea (marinas) se puede aprovechar utilizando sistemas modulares;
- Energía de las olas. La energía cinética y potencial asociada con las olas oceánicas puede ser aprovechada por una gama de tecnologías en desarrollo;

²⁶¹ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía Renovable (IRENA por sus siglas en inglés) < <http://www.irena.org/geothermal> >

²⁶² Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<https://www.iea.org/topics/renewables/geothermal/>>

²⁶³ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<http://www.irena.org/ocean>>

- Gradientes de temperatura. El gradiente de temperatura entre la superficie del mar y las aguas profundas se puede aprovechar utilizando diferentes procesos de conversión de energía térmica oceánica;
- Gradientes de salinidad. En la desembocadura de los ríos, donde el agua dulce se mezcla con agua salada, la energía asociada con el gradiente de salinidad se puede aprovechar utilizando el proceso de ósmosis inversa con presión retardada y las tecnologías de conversión asociadas.²⁶⁴

Hidroeléctrica

La energía hidroeléctrica es energía derivada del agua que fluye o está en movimiento y que impulsa una turbina.²⁶⁵

Son tres formas en que se puede aprovechar esta energía:

- Centrales hidroeléctricas de pasada que aprovechan la energía para la producción de electricidad principalmente a partir del flujo disponible del río;
- Plantas hidroeléctricas de embalse dependen del agua almacenada en un embalse; y,
- Plantas de almacenamiento bombeado que usan agua que se bombea de un depósito inferior a un depósito superior cuando el suministro de electricidad excede la demanda o puede generarse a bajo costo.²⁶⁶

2. Exploración de la normativa ecuatoriana para la promoción de IED en el sector de energía renovable

Se debe también recordar que al inicio de este trabajo se mencionó la condición específica que la CRE imponía sobre la energía en todas sus formas pues al ser un sector estratégico y un servicio público, por lo que la participación de la iniciativa privada en esta área se daría por delegación excepcional del Estado ecuatoriano.

Al igual que en la CRE, no existe un mayor desarrollo regulatorio respecto a la energía renovable o alternativa en el COPCI. El primer acercamiento que hace esta norma es el relativo a su fin de fomentar el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de

²⁶⁴ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<https://www.iea.org/topics/renewables/ocean/>>

²⁶⁵ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía Renovable (IRENA por sus siglas en inglés) <<http://www.irena.org/hydropower>>

²⁶⁶ Tomado de la página web de la Agencia Internacional de Energía (IEA por sus siglas en inglés) <<https://www.iea.org/topics/renewables/hydropower/>>

energías alternativas,²⁶⁷ pero como parte de procesos productivos más eficientes y competitivos²⁶⁸ conforme a los postulados de desarrollo sustentable recogidos por la CRE y convenios internacionales.²⁶⁹

El COPCI se refiere a varios aspectos con relación a la inversión en energías renovables, siendo los siguientes los más importantes:

1. La explicitación del principio de trato no discriminatorio para empresas nacionales privadas en proyectos de generación eléctrica frente a transacciones internacionales de electricidad;²⁷⁰
2. La disposición de uso gradual de fuentes alternativas de energía por parte de las empresas.²⁷¹
3. Impulso a la creación de Zonas Especiales de Desarrollo Económico²⁷² en las cuales se puede desarrollar proyectos de innovación y mejoramiento energético.²⁷³

En cuanto a los incentivos a los proyectos en energía renovable, se consideran en general:

1. La concesión de los beneficios tributarios determinados en el COPCI²⁷⁴ incluidas las ZEDE²⁷⁵
2. Creación de beneficios económicos por transferencia de “Permisos Negociables de Descarga”;²⁷⁶
3. Exoneración del pago del impuesto a la renta durante cinco años, contados desde el primer año en el que se generen ingresos atribuibles directa y únicamente a la nueva inversión en sectores económicos prioritarios para el Estado, entre ellos las energías renovables incluida la bioenergía o energía a partir de biomasa;²⁷⁷ y,

²⁶⁷ COPCI, art.4, letra c.

²⁶⁸ Ibíd., art. 232.

²⁶⁹ Ibíd., art. 233.

²⁷⁰ Ibíd., art. 98.

²⁷¹ Ibíd., art. 234, letra c, num. 6.

²⁷² Ibíd., art. 34.

²⁷³ Ibíd., art. 36, letra a.

²⁷⁴ Ibíd., art. 235, letra a.

²⁷⁵ Ibíd., art. 34.

²⁷⁶ Ibíd., art. 235, letra b.

²⁷⁷ Ibíd., Disposición Reformativa Segunda, núm. 2.2.

4. Deducción adicional del 100% en los casos de depreciación y amortización de adquisición de maquinarias, equipos y tecnologías destinadas a mecanismos de generación de energía de fuente renovable (solar, eólica o similares).²⁷⁸

Como se ha señalado en la Matriz 3 como falencia la falta de desarrollo normativo, no se han expedido los reglamentos específicos de acuerdo a las materias y libros que conforman el COPCI,²⁷⁹ por lo que es necesario que se expida un reglamento específico para las inversiones en temas de desarrollo sustentable y energías alternativas, pues en la presente norma no se ha desarrollado de manera adecuada la implementación, operación, regulación e incentivos específicos para este tipo de proyectos. Únicamente se ha expedido el Reglamento COPCI que en el tema determina cuáles actividades corresponde a energía renovable, incluyendo a la biomasa y producción de biocombustibles.²⁸⁰

Esta inclusión de la biomasa como energía renovable da una apertura para proyectos no solo a escala nacional y sino también a nivel local puesto que la faculta a los gobiernos autónomos descentralizados a desarrollar programas de tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos, fuente para generar bioenergía²⁸¹ que en el caso concreto se facilitaría a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales conforme el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.²⁸² Pero el COPCI no facilita solo este tipo de proyectos en bioenergía sino en otros de sectores estratégicos, incluida la generación de energía, pues los GAD poseen en sus distintos niveles facultades y competencias sobre estos sectores, a excepción de las reservadas al gobierno central.²⁸³

En el marco de estas facultades y competencias otorgadas a los GAD, podemos realizar las siguientes puntualizaciones respecto a la energía renovable:

- Promoción del desarrollo sustentable dentro de las circunscripciones de los GAD en el marco de sus competencias constitucionales y legales;²⁸⁴
- Delegación de la prestación de los servicios públicos de manera excepcional al sector privado, por falta de capacidad técnica y económica del GAD, calamidad pública o desastre natural;²⁸⁵ y,

²⁷⁸ *Ibíd.*, Disposición Reformativa Segunda, núm. 2.3.

²⁷⁹ *Ibíd.*, Disposición General Primera.

²⁸⁰ Reglamento COPCI, art. 17 letra c.

²⁸¹ CRE, art. 415.

²⁸² Ecuador: Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en Registro Oficial No. 303 (Quito: 19 de octubre de 2010): art. 137. En adelante este Código se citará como COOTAD.

²⁸³ COOTAD, art. 111.

²⁸⁴ *Ibíd.*, arts. 31, letra b; art. 41, letra a; art. 54, letra a; y, art. 64, letra a.

²⁸⁵ *Ibíd.*, art. 283.

- Facultamiento de los GAD para conceder incentivos o beneficios tributarios a sus contribuyentes ²⁸⁶ pudiendo extender los mismos a los inversores extranjeros.

Estos proyectos de energía renovable pueden incluso ser llevados a cabo en colaboración Público – Privado, tanto dentro de los sectores estratégicos como dentro de los servicios públicos.²⁸⁷ Sin embargo, queda aún desarrollar una hoja de ruta clara respecto a esta modalidad en el sector energético específicamente, por lo que la Agencia Internacional de Energía recomienda considerar los siguientes puntos para las AII:

- Estructurar un acuerdo tomando en cuenta la legislación interna, aspectos regulatorios, situación institucional y financiera y condiciones del mercado energético;
- El socio público debería determinar la ruta de implementación y controlar el proceso de implementación, mientras que el socio privado debería liderar la implementación. El contrato PP debe ser estructurado de tal forma que las partes puedan hacer ajustes necesarios para cumplir sus objetivos y responder los cambios del mercado para asegurar la provisión del servicio;
- Un tercero externo debería evaluar el diseño e implementación de la APP para evaluar los factores que afectan el desempeño, el éxito en el cumplimiento de los objetivos y las principales lecciones aprendidas; y,
- La disposición y capacidad del Estado para mitigar los riesgos del proyecto definirá la capacidad del privado para movilizar el financiamiento del proyecto. El aliado público debe considerar el grado de riesgo a asumir en relación al valor del servicio prestado.²⁸⁸

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica permite la participación del privado en toda actividad vinculada al servicio público de energía eléctrica, la promoción y ejecución de planes y proyectos con fuentes de energías renovables y el establecimiento de mecanismos de eficiencia energética,²⁸⁹ encaminando el desarrollo de mecanismos estatales de promoción del incentivo para el

²⁸⁶ Ibid., art. 169.

²⁸⁷ RCPP, art. 2.

²⁸⁸ International Energy Agency, Policy Path Brief: Public-Private Financing of Energy Efficiency, <<http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/PolicyPathwaysBriefPPFinancing.pdf>>

²⁸⁹ Ecuador: Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, en Registro Oficial No. 418, Suplemento (Quito: 16 de enero de 2015): art. 1, inc. 2. En adelante se cita esta Ley como LOSPEE.

aprovechamiento técnico y económico de recursos energéticos, sobre todo de fuentes renovables, incluido la biomasa.²⁹⁰

Ya que al Estado central tiene competencias exclusivas sobre la planificación nacional, la política económica, los recursos naturales, los recursos energéticos²⁹¹ y al haberse reservado para sí los sectores estratégicos y servicios públicos²⁹², le corresponde al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable - MEER regir y planificar el sector eléctrico en el Ecuador, por lo que respecto a la energía renovable tiene competencia para:

- Promoción y ejecución de planes y programas de energías renovables y definir los mecanismos para conseguir la eficiencia energética;²⁹³
- Impulso de la investigación científica y tecnológica en materia de electricidad, energía renovable y eficiencia energética;²⁹⁴
- Planificación de las energías renovables y de la eficiencia energética conforme la CRE, el Plan Nacional de Desarrollo y la política nacional emitida por la Presidencia de la República;²⁹⁵
- Elaboración del Plan Maestro de Electricidad (PME) y el Plan Nacional de Eficiencia Energética (PLANEE), mismo que servirán para el sector privado.²⁹⁶

La LOSPEE es una norma de suma importancia para facilitar el acceso del inversor extranjero a proyectos de energía renovable ya que recoge algunos elementos que brindan seguridad al inversionista, mismos que se sistematizan en la siguiente matriz:

Matriz 11. Seguridad jurídica ofrecida por la LOSPEE

Elemento	Desarrollo
Participación del sector privado	<ul style="list-style-type: none"> • Permite la delegación excepcional a la iniciativa privada del servicio público de energía eléctrica;²⁹⁷ • Reconoce a la empresa privada como parte de la estructura empresarial del sector eléctrico;²⁹⁸ • Faculta al sector privado a participar de manera excepcional en actividades del sector eléctrico en proyectos que utilicen energías renovables no convencionales que no consten en el Plan Maestro de Electricidad;²⁹⁹ y.

²⁹⁰ *Ibíd.*, art. 2, núm. 5.

²⁹¹ CRE, art. 261.

²⁹² *Ibíd.*, art. 313 y 314.

²⁹³ LOSPEE, art. 11.

²⁹⁴ *Ibíd.*, art. 12, num. 9.

²⁹⁵ *Ibíd.*, art. 13, inc. 1.

²⁹⁶ *Ibíd.*, art. 13, núm. 1 y 2.

²⁹⁷ *Ibíd.*, art. 7.

²⁹⁸ *Ibíd.*, art. 10, letra c.

²⁹⁹ *Ibíd.*, art. 25, num. 3.

Incentivos y beneficios	<ul style="list-style-type: none"> • Delegación mediante contrato de concesión³⁰⁰ previa autorización de la Autoridad Ambiental Nacional.³⁰¹ • Acceso a incentivos para proyectos de energías renovables,³⁰² entendiéndose a aquellos otorgados a la IED determinados en el COPCI y otros cuerpos normativos; • Participación de la empresa privada en procesos públicos de selección cuando en el PME existan proyectos prioritarios de construcción, operación y mantenimiento; o, a riesgo propio cuando no conste en el PME y sean de conveniente para los intereses nacionales;³⁰³ y, • Acceso a condiciones preferentes otorgadas mediante resoluciones de la ARCONEL.³⁰⁴
Estabilidad jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Cálculo del plazo de duración del contrato de concesión de la empresa privada acorde a un análisis financiero que determine la amortización de las inversiones a realizarse y la obtención de una razonable utilidad para el proyecto;³⁰⁵ • Estabilidad de precios de compra de energía o de reajuste programado de los mismos para los contratos de inversión en el sector eléctrico regulados por el COPCI;³⁰⁶ y, • Cálculo del plazo de duración del contrato de concesión de autogeneradores basado en la vida útil de los tipos de tecnologías utilizados excluyéndose el principio de utilidad razonable.³⁰⁷
Resolución de conflictos	Resolución de controversias que resulten de la ejecución del contrato de concesión deberá ser sometida ante jueces de la función judicial ecuatoriana o a arbitraje regional. ³⁰⁸

Fuente: LOSPEE

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Estos elementos rescatados de la LOSPEE ofrecen en realidad un panorama bastante atractivo para los inversores extranjeros que deseen localizar su capital en el Ecuador en proyectos de energía renovable pues de manera general ofrece una seguridad y estabilidad jurídica y tributaria adicional a la ofrecida por el COPCI, mecanismos de resolución de conflictos, un trato justo, equitativo y no discriminatorio para los inversionistas extranjeros y varios incentivos, principalmente tributarios.

Sobre este último punto, existen otros incentivos que la legislación ambiental ofrece a los proyectos de energía renovable:

³⁰⁰ Ibid., art. 25, inc. 7 y art. 29.

³⁰¹ Ibid., art. 30.

³⁰² Ibid., art. 25, inc. 4.

³⁰³ Ibid., art. 52.

³⁰⁴ Ibid., art. 26.

³⁰⁵ Ibid., art. 27, inc. 2.

³⁰⁶ Ibid., art. 55, inc. 3.

³⁰⁷ Ibid., art. 27, inc. 3.

³⁰⁸ Ibid., art. 37.

1. Incentivos económicos establecidos para aquellas actividades productivas enmarcadas en la protección del medio ambiente y el manejo sustentable de los recursos naturales;³⁰⁹ y,
2. Incentivos Honoríficos en materia ambiental (Punto Verde);³¹⁰
3. Deducción adicional del 100% de la depreciación en maquinaria, equipos y tecnologías en la declaración al Impuesto a la Renta;³¹¹

3. Mecanismos para incentivar la IED en energía renovable

Según la Agencia Internacional de Energía Renovable, los mecanismos utilizados en Latinoamérica para atraer y asegurar la inversión en el área de energía renovable se enfocan en las siguientes áreas: política Nacional; incentivos tributarios; acceso al sistema energético; instrumentos regulatorios; financiero; y otros mecanismos de aspecto social.³¹²

Conforme los incentivos antes mencionados, Ecuador ha incorporado en su sistema de energía eléctrica y en específico en energía renovable algunos incentivos que el autor ha tratado de sistematizar en tablas para cada área.

La primera matriz de mecanismos para IED en energía renovable se refieren a la Política Nacional, que se enfoca en la estructura política y normativa con la cual el Estado promueve este tipo de inversiones.

³⁰⁹ Ecuador: Ley de Gestión Ambiental, en Registro Oficial No. 418, Suplemento (Quito, 10 de septiembre de 2014).

³¹⁰ *Ibíd.*, art. 35.

³¹¹ Ecuador: Marco Institucional para incentivos ambientales, en Registro Oficial No. 387 (Quito: 04 de noviembre de 2015): art. 47.

³¹² International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy in Latin America 2015: An Overview of Policies* (Abu Dhabi: IRENA, 2015): 1-28.

Los mecanismos descritos por IRENA son: 1. Política Nacional: Objetivo de energía renovable; Ley/Estrategia de energía renovable; Ley/Programa de calefacción solar; Ley/Programa de energía solar; Ley/programa de energía eólica; Ley/programa geotérmico; Ley/Programa de Biomasa; y, Ley/Programa de Biocombustibles; 2. Incentivos tributarios: Exoneración del Impuesto al Valor Agregado; Exoneración al combustible; Exención del Impuesto a la Renta; Beneficios tributarios de importación y exportación; Exoneración fiscal subnacional; Impuesto al carbono; Depreciación acelerada. Inversión se puede depreciar más rápido que un negocio corriente; y, Otros beneficios fiscales; 3. Acceso al sistema energético: Descuento o exención de transmisión; Transmisión prioritaria o dedicada; Acceso a la red; Despacho preferencial; y, Otros beneficios de la red; 4. Instrumentos regulatorios: Subastas; Tarifa de entrada o precios preferenciales (feed-in-tariff); Primas; Cuota; Sistema de Certificado; Medición neta; Mandato de mezcla de etanol; Mandato de mezcla de biodiesel; Mandato solar; Registro; e; Híbridos; 5. Financiero: Cobertura de divisa; Fondo dirigido; Fondo elegible; Garantías; Apoyo previo a la inversión; y, Financiamiento Directo; 6. Otros: Energía renovable en viviendas sociales; Energía renovable en los programas de acceso rural; Programa de estufas de energía renovable; Requisitos de contenido local; Regulaciones ambientales especiales; Nexos entre alimentos y biocombustibles; y, Requisitos sociales.

Matriz 12. Directrices legales y constitucionales sobre IED en energía renovable

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Objetivo de energía renovable</i>	Constitución de la República	<ul style="list-style-type: none"> • La energía en todas sus formas forma parte de los sectores estratégicos (Art. 313) y es un servicio público la energía eléctrica (Art. 314) • Reserva exclusiva del Estado de sectores estratégicos (Art. 313) y servicios públicos (Art. 314) • Delegación excepcional al sector privado en los sectores estratégicos y servicios públicos (Art. 316) • Promoción de eficiencia energética y energías renovables (Art. 413)
	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones	Fomento para el uso de tecnologías ambientalmente limpias y energías alternativas (Art. 3, letra c)
	Ley Orgánica de Servicio de Energía Eléctrica	<ul style="list-style-type: none"> • Promoción y ejecución de planes y proyectos con fuentes de energías renovables (Art. 1) • Desarrollo de mecanismos de promoción de energía renovable (Art. 2, núm. 4) • Ministerio de Electricidad y Energía Renovable a cargo de la planificación del sector de energías renovables (Art. 13) • Participación del sector privado en proyectos de energía renovable (Art. 25) • Condiciones preferentes para energías renovables no convencionales (Art. 26) • Fijación de tarifas preferenciales para promoción e incentivo (Art. 54) • Régimen especial para Programa de Energización Rural (Art. 63) • Régimen especial para sistemas aislados e insulares (Art. 64) • Eficiencia energética mediante priorización de energía renovable (Art. 72, núm. 2)
	Plan Nacional de Desarrollo Toda una Vida 2017 - 2021 ³¹³	<p>Objetivo 5: Impulsar la productividad y competitividad para el crecimiento económico sostenible de manera redistributiva y solidaria</p> <p>5.7 Garantizar el suministro energético con calidad, oportunidad, continuidad y seguridad, con una matriz energética diversificada, eficiente, sostenible y so soberana como eje de la transformación productiva y social.</p> <p>Metas a 2021: Incrementar de 68,8% al 90% la generación eléctrica a través de fuentes de energías renovables a 2021.</p>
	Agenda Nacional de Energía 2016-2040 ³¹⁴	<p>Objetivos estratégicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Un sector energético integralmente planificado, equitativo e incluyente. • Una matriz energética diversificada, renovable y sostenible. • Soberanía y seguridad energética con un suministro de calidad para toda la población. • Un Ecuador con uso eficiente de energía. <p>Integración energética regional y contribución del Ecuador a un desarrollo energético global sostenible.</p>
	Plan Nacional de Eficiencia Energética ³¹⁵	<ul style="list-style-type: none"> • Eje Industrial <p>Objetivo específico 1: Reemplazar equipos ineficientes, aplicar sistemas de cogeneración y adoptar la norma ISO 50001 en las industrias energo-intensivas</p> <p>Línea de acción 2: Programa de cogeneración en la industria</p> • Eje Transporte <p>Objetivo específico 3: Sustituir energéticos utilizados como combustibles, mejorar calidad y nuevas tecnologías</p> <p>Línea de acción 2: Proyecto de Sustitución Parcial del Combustible Fósil por Mezcla con Biocombustibles</p>

³¹³ Ecuador: Secretaría Nacional de Planificación, “Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida”, 2017.

³¹⁴ Ecuador: Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, “Agenda Nacional de Energía 2016-2040”, 2016.

³¹⁵ Ecuador: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, “Plan Nacional de Eficiencia Energética”, 2017.

	Plan Maestro de Electricidad 2016 - 2025 ³¹⁶	Desarrollo Sustentable B.3 Políticas del Sector Eléctrico Iniciativas privadas en respuesta a promoción de desarrollo de energía renovable no convencional B.5.4 Estrategia D Desarrollo de marco regulatorio para promoción, avance e implementación de proyectos eólicos, geotérmicos, solares y biomasa.
<i>Ley / Programa de Biocombustible</i>	Ley de Hidrocarburos ³¹⁷	Sujetos de control quienes realicen actividades de abastecimiento, envasado, comercialización, distribución, almacenamiento, transporte, industrialización e importación de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos y biocombustibles (Art. 78... (1))
	Decreto Ejecutivo No. 675 ³¹⁸	Gasolina ECOPAÍS compuesta por un porcentaje de hasta el 10% de bi etanol anhidro, grado carburante (Art. 1)
<i>Ley / Programa de Biomasa</i>	LOSPEE	<ul style="list-style-type: none"> Promoción de la biomasa con preeminencia de origen de residuos sólidos (Art. 2, núm. 5)

Fuente: Normativa ecuatoriana

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

De la normativa analizada, el Estado ecuatoriano da una alta importancia a los proyectos de energía renovable, aunque no existen normas específicas para su desarrollo. La energía hidroeléctrica es la que más desarrollo tiene en el país³¹⁹ y aunque existen proyectos de energía renovable de fuentes no convencionales como eólico, solar, geotérmico y biomasa³²⁰, no se han expedido normas especiales para su regulación, que es de suma importancia para la certeza y seguridad del inversor extranjero. El potencial de energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador es de escala considerable puesto que en el año 2017 hubo una generación total de 18.932,64 GWh y solo 6.666,21 GWh de fuentes no renovables. Nuevamente se verifica que las hidroeléctricas son las de mayor presencia en el país pues generaron 18.434,48 GWh, seguida de la biomasa con 371,28 GWh; eólica con 68,87 GWh; y, solar con 34,84 GWh.³²¹

En cuanto a los incentivos tributarios, el COPCI ha determinado beneficios para proyectos de energía renovable en cuanto al Impuesto a la Renta, tasas de importación de bienes y deducción por depreciación y amortización de tecnología para energía renovable.

³¹⁶ Ecuador: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, “Plan Maestro de Electricidad 2016-2025”, 2017.

³¹⁷ Ecuador: “Ley de Hidrocarburos”, en Registro Oficial No. 711 (Quito: 15 de noviembre de 1978).

³¹⁸ Ecuador: Presidencia de la Republica, “Decreto Ejecutivo No. 675”, en Registro Oficial No. 512 (Quito, 1 de junio de 2015).

³¹⁹ El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable del Ecuador ha desarrollado nueve proyectos energéticos emblemáticos, de los cuales ocho son de generación hidroeléctrica. Tomado de la página web < <http://www.energia.gob.ec/desarrollo-de-estudios-para-aprovechamientos-del-recurso-renovable-para-el-pais/>>

³²⁰ En el Inventario de recursos energéticos del Ecuador con fines de producción eléctrica – 2015, realizado por la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, constan estos proyectos de gran potencial para el país.

³²¹ Estadísticas tomadas de la página web de Agencia de Regulación y Control de Electricidad. < <http://www.regulacionelectrica.gob.ec/estadistica-del-sector-electrico/produccion/>>

Matriz 13. Incentivos a la IED en Ecuador - Incentivos Tributarios

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Exención del Impuesto a la Renta.</i>	COPCI	<ul style="list-style-type: none"> • Exoneración de pago del Impuesto a la Renta durante 5 años para energía renovable (Reformatoria Segunda, núm. 2.2) • Tarifa impositiva del 22% del Impuesto a la Renta de sociedades (Transitoria Primera)
<i>Beneficios tributarios de importación y exportación</i>		<ul style="list-style-type: none"> • Exoneración de pago de bienes importados para administradores y operadores ZEDE (Reformatoria Segunda, núm. 2.12)
<i>Depreciación acelerada</i>		<ul style="list-style-type: none"> • Deducción del 100% adicional por depreciación y amortización por maquinarias, equipos y tecnología para energía renovable. (Reformatoria Segunda, núm. 2.3, inc. 2)

Fuente: Normativa ecuatoriana

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Son tres incentivos tributarios específicos para la IED en energía renovable que se pueden sumar a los establecidos para la IED en general, mismos que fueron recogidos en el primer capítulo del presente trabajo.

En lo relativo al acceso a la red, el Ecuador ha desarrollado normativa para el acceso a la red, incluso a nivel comunitario andino al ser parte del Sistema de Interconexión Eléctrica Andina.³²²

Matriz 14. Incentivos a la IED en Ecuador - Acceso a la red

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Acceso a la red</i>	Regulación No. ARCONEL – 004/15 ³²³	Requerimientos técnicos para a conexión y operación de generadores renovables no convencionales a las redes de transmisión y distribución Fija criterios y requisitos técnicos relacionados con la conexión de generadores renovables no convencionales a las redes de transmisión y distribución para asegurar la operación eficiente y segura a la red (Art. 1)
<i>Despacho preferencial</i>	Codificación de la Regulación No. CONELEC 001/13	Reglamento para la participación de los generadores de energía eléctrica producida con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales – Derogado mediante Resolución No. ARCONEL-031/16.

Fuente: Normativa ecuatoriana

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Existía un tratamiento preferencial para el despacho preferencial hasta el año 2016 en que fue derogada la Resolución No. ARCONEL-031/16 y que actualmente no ha sido reemplazada. Esto conlleva también un problema de inseguridad jurídica para los generadores de electricidad, pues no existen normas al respecto y como se analiza en el siguiente cuadro respecto a instrumentos regulatorios, con la derogación de esta

³²² Declaración de Santiago, Santiago de Chile, 27 de septiembre de 2012.

³²³ Ecuador: Agencia de Regulación y Control de Electricidad, “Regulación No. ARCONEL – 004/15 Requerimientos técnicos para a conexión y operación de generadores renovables no convencionales a las redes de transmisión y distribución”, 2015.

resolución también se eliminó del esquema de energía el sistema de precios preferenciales o *feed-in-tariff*. Es urgente que la autoridad competente, ARCE, expida la normativa que regule las actividades de generación de energía renovable, que se reincorporen las tarifas preferenciales y que se analice la inclusión de las subastas de bloques energéticos como un nuevo instrumento en el Ecuador para incentivar la IED en energía renovable.

Matriz 15. Incentivos a la IED en Ecuador - Instrumentos regulatorios

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Feed-in tariff</i>	LOSPEE	Fijación de tarifas para promoción de industrias básicas que usen energías renovables, así como el uso eficiente de energía (Art. 54)
	Codificación de la Regulación No. CONELEC 001/13 (Derogado)	Reglamento para la participación de los generadores de energía eléctrica producida con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales – Derogado mediante Resolución No. ARCONEL-031/16.
<i>Mandato de mezcla de biodiesel</i>	Decreto Ejecutivo No. 1303	El combustible Diésel Premium que se utilice en el país debe contener biodiesel de origen vegetal de producción nacional.

Fuente: Normativa ecuatoriana

Autor: Alejandro Caiza Villagómez

De todos los mecanismos de incentivos financieros propuestos por el IRENA y que ofrece el Ecuador, se puede encontrar el apoyo y acompañamiento previo al inversionista a través del Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones y la posibilidad de financiamiento por parte del Estado ecuatoriano de proyectos de energía renovable que se encuentren en el Programa de Matriz Energética. Se entendería que no existen más mecanismos incorporados en el sistema nacional puesto que como se explicó en el primer capítulo, existe una preferencia por la inversión nacional y de manera excepcional para el sector privado por ser un sector estratégico y a la vez un servicio público.

Matriz 16. Incentivos a la IED en Ecuador - Financiero

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Apoyo previo a la inversión</i>	COPCI	Créase el Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras (art. 95)
	Decreto Ejecutivo No. 776 Reglamento General para la Organización y Funcionamiento del Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras PRO ECUADOR ³²⁴	Brindar acompañamiento de asistencia técnica a inversionistas en sectores que generen recursos y sean prioridad para el Estado (Art. 3, núm. 7)
<i>Financiamiento Directo</i>	COPCI	Inversiones con cargo del Presupuesto General del Estado y/o recursos propios para proyectos del PME (Art. 53)

³²⁴ Ecuador: Presidencia de la República, “Decreto Ejecutivo No. 776”, en Registro Oficial No. 459 (Quito, 31 de mayo del 2011).

Fuente: Normativa ecuatoriana
 Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Finalmente, en la matriz de otros incentivos, el Estado ecuatoriano ha desarrollado incentivos enfocados especialmente a temas de aspecto social como son programas de energía en zonas rurales y Galápagos.

Matriz 17. Incentivos a la IED en Ecuador - Otros incentivos

TIPO DE INCENTIVO	NORMA / PROGRAMA	OBSERVACIONES
<i>Energía renovable en los programas de acceso rural</i>	COPCI Regulación No. CONELEC – 008/08 Procedimientos para presentar, calificar y aprobar los proyectos del FERUM ³²⁵	<ul style="list-style-type: none"> • PME garantizará cobertura y energización en zonas rurales (Art. 53) • Régimen especial para Programa de Energización Rural (Art. 63) Financiamiento del Fondo de Electrificación Rural y Urbano – Marginal FERUM
<i>Nexo entre alimentos y biocombustibles</i>	Constitución de la República	<ul style="list-style-type: none"> • Soberanía alimentaria por sobre soberanía energética (art. 14) • Promoción de eficiencia energética y energía renovable que no ponga en riesgo la soberanía alimentaria (art. 413)

Fuente: Normativa ecuatoriana
 Autor: Alejandro Caiza Villagómez

De todas estas matrices, se concluye que el Ecuador posee un cierto grado de desarrollo normativo en cuanto a IED en energía renovable. La CRE es clara en promover las energías renovables y el Estado ecuatoriano ha desarrollado planes y programas energéticos que la incluyen con el fin de abastecer la demanda de energía con fuentes renovables y sustituir las fuentes no renovables. No obstante, se requiere que se analicen las normas vigentes y que inclusive se expidan normas especializadas, concordantes con todo el marco normativo, con el fin de que el sistema de energía renovable sea atractivo para la locación de IED. Esto no implica expedir normas dispersas ni que respondan a temas coyunturales, sino que realmente se examine y estudie la situación actual determinando cuales son las necesidades en el sector y que beneficios se puede ofrecer al inversionista extranjero.

Como se había analizado en el primer capítulo sobre los riesgos políticos y económicos, la IED en energía renovable también se enfrenta a los mismos riesgos, por lo que como se redunda en la importancia de contar con un marco jurídico fuerte que respalde y proteja la IED en esta materia. Al ser inversiones que van a tener una larga

³²⁵ Ecuador: Consejo Nacional de Electricidad, “Regulación No. CONELEC – 008/08 Procedimientos para presentar, calificar y aprobar los proyectos del FERUM”, 2008.

duración, se debe brindar estabilidad jurídica, además de la tributaria, a través de los contratos que determinan los derechos y obligaciones para ambas partes.

i) Propuesta de instrumentos para garantizar la IED en energía renovable.

Feed-in tariff

Existen varios mecanismos que pueden ser implementados con el fin de incrementar el mercado de energía renovable, que a nivel internacional el más conocido y utilizado de estos mecanismos es el conocido como “*feed-in tariff*” o tarifas preferenciales, que son acuerdos de largo tiempo de compra garantizada de energía renovable a un precio que pueda proveer a los desarrolladores de proyectos un retorno razonable de la inversión. Los FIT han sido implementados en más de 70 países para fines del año 2012 no solo porque son más efectivos que otras políticas o mecanismos, sino porque son más eficientes en su capacidad de producir energía renovable a los costos más bajos posibles.³²⁶ Adicionalmente, permite alcanzar beneficios de manera más rápida que otros mecanismos, entre ellos el crecimiento del empleo, disminución de daños ambientales, evitación de importación de combustibles fósiles y la subida de los precios al por mayor.³²⁷

La Agencia Europea del Ambiente (EEA por sus siglas en inglés) describe al *feed-in tariff* como el precio por unidad de electricidad que una empresa de servicios públicos o un distribuidor tiene que pagar por la electricidad renovable generada a partir de generadores privados y es el Gobierno quien regula el rango tarifario.³²⁸

Para la implementación de un FIT en un Estado, Jacobs hace un análisis del riesgo de la inversión como un filtro para comparar y categorizar un diseño adecuado de este instrumento que se ha sistematizado en la siguiente matriz³²⁹:

Matriz 18. Feed-in-tariff

Categoría	Contenido	Mecanismos
Precios de interconexión y requisitos de distribución	Reglas que regulan la manera en como los generadores de electricidad se conectan y abastecen de electricidad a la red.	Interconexión garantizada; Interconexión priorizada; Compra garantizada; o, Despacho prioritario.

³²⁶ David Jacobs et al, “Analysis of Renewable Energy Incentives in the Latin American and Caribbean Region: The Feed-in Tariff Case”, 602. En *Energy Policy*, Ed. 60 (Elsevier, 2013): 601-10.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Tomado de la página web de la Agencia Europea de Ambiente (EEA por sus siglas en inglés). http://glossary.eea.europa.eu/terminology/concept_html?term=feed-in%20tariff

³²⁹ David Jacobs et al, *Analysis of Renewable Energy*, 602-5.

Tipo de contratación	Modo en que el comprador y el generador acuerdan la compra de energía para asegurar que los términos y condiciones, sean transparentes y conocidos de antemano.	Sin contratos; Contratos estándar; o, Contratos negociados específicamente para cada caso.
Plazo del contrato	Duración del plazo del contrato para determinar el riesgo en cuanto a la volatilidad de los precios de la electricidad.	Corto plazo (1 a 7 años); Medio plazo (8 a 14 años); o, Largo plazo (15 a 20 años).
Tarifas básicas	Fijación de tarifas de entrada	Aproximaciones basadas en costos; o, Cálculos basados en el valor
Estructura de pago	Al ser un mecanismo basado en el rendimiento y pagados en efectivo, se debe determinar la forma en que los pagos pueden ser realizados.	Programa de precios fijados; Pago de primas; o, Precios del punto de deficiencia del mercado.
Mercancías adquiridas	Los FIT son considerados como un vehículo para la compra de energía renovable, pero dependiendo de la política nacional e internacional sobre el ambiente, puede ser asociada a otros productos.	Electricidad; Créditos de energía renovable (REC por sus siglas en inglés); Bonos de emisión; o, Capacidad.
Montos comprados	Generalmente permiten la compra del 100% de la energía generada, pero también puede darse el caso que se compre solo una parte de la generación.	
Ajuste de pagos	Las tarifas pueden ser ajustadas para futuros contratos conforme los cambios de las condiciones del mercado.	Revisión periódica; Ajuste automático después de cierto periodo; Ajuste automático provocado por la capacidad de generación; o, Ajuste basado en el rendimiento previo del mercado.
Topes y recesos	Topes para contener los posibles impactos de los consumidores, reconociendo las restricciones de la transmisión de energía. En caso que exista probabilidad de que la demanda del incentivo FIT supere dicho tope, también puede ser necesario establecer procedimientos suspensorios que regulen la manera en que los generadores pueden entrar y salir de la línea de los incentivos	Tope en capacidad; Tope en generación; Tope en impacto al consumidor; o, Sin tope.

Fuente: Jacobs, Analysis of Renewable Energy
 Autor: Alejandro Caiza Villagómez

Depende de cada Estado diseñar este mecanismo, conforme sus políticas y normas internas, de tal forma que resulte lo más atractivo y menos riesgoso para el inversionista extranjero interesado en proyectos en el sector de energía renovable.

El Estado ecuatoriano incorporó en su regulación energética el sistema de tarifas preferentes o *feed-in-tariff* desde el año 2000 al 2015 conforme lo regulado por la Ley de Régimen de Sector Eléctrico.³³⁰ Sin embargo, al expedirse la Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, mediante Resolución No. ARCONEL-031/16, de 08 de junio de 2016, deroga en el año 2016 la Codificación de la Regulación No. CONELEC 001/13 para “La participación de los generadores de energía eléctrica producida con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales”, misma que tenía como objeto establecer el tratamiento para la participación de generadores de energías renovables no convencionales en el sector eléctrico ecuatoriano.³³¹

La mencionada Regulación No. CONELEC 001/13³³² incluía condiciones preferentes, procedimiento de habilitación, cupos de desarrollo de proyectos, condiciones operativas y condiciones generales.³³³ En general, los incentivos y beneficios que otorgaba esta norma a los generadores de energía renovable son:

1. Incentivo regulatorio de tarifas preferentes o *feed-in-tariff* como precios establecidos la generación con energías renovables no convencionales que comprende costos fijos de inversión, administración, operación y mantenimiento, y costos variables considerando los aspectos de cada tecnología de generación, rentabilidad, entre otros;³³⁴
2. Tratamiento preferencial para energías no convencionales como sol (fotovoltaica, solar termoeléctrica), viento (eólicas), agua, (pequeñas centrales hidroeléctricas), interior de la tierra (geotérmicas), biomasa, biogás, olas, mareas, rocas calientes y secas;³³⁵
3. Periodo de vigencia de tarifas preferentes de quince años;³³⁶

³³⁰ International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy Policy Brief: Ecuador* (Abu Dhabi: IRENA, 2015): 2-5.

³³¹ Ecuador: Agencia de Regulación y Control de Electricidad, “Resolución No. ARCONEL-031/16”, de 08 de junio de 2016, art. 2.

³³² Ecuador: Consejo Nacional de Electricidad, “Codificación de la Regulación No. CONELEC 001/13 para: “La participación de los generadores de energía eléctrica producida con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales”, art. 1. En adelante se citará esta Regulación como Regulación No. CONELEC 001/13.

³³³ *Ibíd.*, art. 2.

³³⁴ *Ibíd.*, art. 3.

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ *Ibíd.*, art. 4, núm. 4.1.

4. Fijación de tarifas preferenciales para biomasa y biogás, excluyendo las demás energías no convencionales;³³⁷
5. Despacho obligatorio y preferente de energía eléctrica de este tipo de fuentes;³³⁸ y,
6. Transferencia de tecnología de generación en lo relativo al diseño, la construcción, operación y mantenimiento del proyecto.³³⁹

Es importante señalar que con la derogación de la Resolución No. CONECEL 001/13, se crea un vacío legal que afecta a la certeza y seguridad jurídica requerida por el inversionista extranjero. No obstante, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad deberá expedir la normativa respectiva que permita reincorporar el sistema *feed-in-tariff* conforme a lo determinado en el artículo 26 y 54 de la LOSPEE.

Subastas públicas

Las subastas se refieren a procesos de adquisición de licitaciones competitivas para electricidad a partir de energía renovable o en donde las tecnologías de energía renovable son elegibles. El producto subastado puede ser de capacidad (MW) o de energía (MWh).³⁴⁰

Las subastas de energía renovable permiten a los Estados a realizar llamamientos a licitaciones para adquirir cierta capacidad de generación de electricidad basada en fuentes renovables. Los inversores interesados en desarrollar dichos proyectos que participan formalmente en la subasta, generalmente envían una oferta con un precio por unidad de electricidad a la que pueden realizar el proyecto. El Estado evalúa estas ofertas basándose en el precio y otros criterios para firmar el acuerdo de compra de energía con el inversor. El creciente interés en el esquema de subastas está dado por la capacidad de desplegar un sistema de electricidad de una manera bien planificada, rentable y transparente, cumpliendo además otros objetivos.³⁴¹

Las fortalezas de este mecanismo de subastas son:

1. *Flexibilidad.* Son flexibles en su diseño facilitando la posibilidad de combinar y ajustar diferentes elementos de diseño para poder alcanzar objetivos de

³³⁷ *Ibíd.*, art. 5, núm. 5.1.

³³⁸ *Ibíd.*, art. 6, inc. 1.

³³⁹ *Ibíd.*, art. 13.

³⁴⁰ Rabia Ferroukhi, Diala Hawila, Salvatore Vinci and Divyam Nagpal, *Renewable Energy Auctions: A Guide to Design* (Abu Dabhi: IRENA, 2015).

³⁴¹ *Ibíd.*, 14.

despliegue y desarrollo. La subasta puede adaptarse a diferentes jurisdicciones que reflejan su situación económica, la estructura del sector energético, la madurez del mercado y el nivel de despliegue de energía renovable;

2. *Descubrimiento de precios reales.* Es una efectiva herramienta de descubrimiento de precios reales siempre que se realice de una manera estructurada, transparente y competitiva;
3. *Mayor certeza con respecto a precios y unidades.* Permite a los gobiernos controlar el precio y la cantidad de energía renovable producida al proveer garantías de ingresos estables para los inversores (similar al feed-in tariff) y al mismo tiempo asegura que el objetivo de generación de energía renovable se cumpla de manera más precisa. Por lo tanto, tanto los inversionistas como los legisladores se benefician de una mayor certeza sobre el resultado de la política implementada;
4. *Compromiso y transparencia.* Dan como resultado un contrato entre dos entidades que establece claramente los compromisos y responsabilidades de cada parte. Puede ofrecer una mayor certidumbre regulatoria a los inversores, minimizando la probabilidad de que su remuneración sea cuestionada en el futuro incluso cuando cambien los mercados y las políticas. Además, al garantizar un proceso de adquisición transparente, justo, abierto y oportuno, una subasta minimiza el riesgo de distorsión del mercado y la posibilidad de que el consumidor pague de más por el producto. Sin embargo, las subastas normalmente están asociadas con costos de transacción relativamente altos, tanto para los inversores como para el Estado, y con cierto riesgo de acumulación y demoras.³⁴²

Sin embargo, el esquema de subasta de energía renovable puede traer consigo las siguientes desventajas:

1. *Relativos altos costos de transacción.* Los altos costos de transacción asociados con los procedimientos administrativos necesarios para participar en la subasta pueden constituir barreras potenciales a la participación en la oferta, especialmente para pequeños y/o nuevos inversores, lo que reduce la competencia. Los costos de transacción incurridos por la entidad a cargo de la

³⁴² *Ibíd.*, 13-18.

organización y celebración de la subasta también se mencionan ocasionalmente como una debilidad de este esquema; y

2. *Riesgo de subconstrucción y retrasos.* Otra posible debilidad de las subastas se relaciona con la construcción deficiente y las demoras en la construcción. Las ofertas excesivamente agresivas en el entorno competitivo de la subasta pueden atribuirse a una variedad de factores, desde el excesivo optimismo sobre la evolución de los costos de la tecnología hasta la subestimación de las consecuencias financieras en caso de demoras en los proyectos.³⁴³

En Ecuador, no existe un desarrollo normativo especializado para la realización de subastas públicas en materia de energía como lo hace en el caso de concesiones mineras metálicas,³⁴⁴ de áreas que sean susceptibles de remate,³⁴⁵ en las cuales pueden participar personas naturales o jurídicas, pública o privada, nacional o extranjera.³⁴⁶ De igual manera, en el ámbito hidrocarburífero existe la adjudicación de contratos bajo el sistema de licitación.³⁴⁷ La LOSPEE únicamente prevé procesos públicos la construcción, operación y mantenimiento de proyectos prioritarios que pueden ser concesionados a privados,³⁴⁸ sin que se mencione en particular las modalidades en que se realice esta selección pública.

Las FIT siguen siendo la forma más utilizada de apoyo regulatorio para el sector de la energía renovable. Sin embargo, las licitaciones (licitaciones o subastas competitivas) de energía renovable son la forma de apoyo que se expande más rápidamente para la implementación de proyectos de energía renovable y se están convirtiendo en la herramienta de política preferida para apoyar el despliegue de proyectos a gran escala. Durante 2016, varios países, incluidos Malawi y Zambia, realizaron sus primeras licitaciones de energía renovable, y China ofreció 5.5 GW de capacidad. Polonia, Grecia y Eslovenia adoptaron esquemas de políticas híbridas que apoyan proyectos de pequeña escala a través de FIT y grandes proyectos a través de licitaciones. Los responsables de la toma de decisiones en muchos países siguieron avanzando en las políticas para facilitar la integración de la generación renovable variable en los sistemas nacionales de energía.

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ Ecuador: Ley de Minería, en Registro Oficial No. 57, Suplemento (Quito, 29 de enero de 2006): art. 29

³⁴⁵ Ecuador: Reglamento General de la Ley de Minería, en Registro Oficial No. 67, Suplemento (Quito, 16 de noviembre de 2009): art. 21.

³⁴⁶ *Ibíd.*, 27.

³⁴⁷ Ley de Hidrocarburos, art. 19.

³⁴⁸ LOSPEE, art. 52.

4. La seguridad jurídica para las inversiones extranjeras directas en energía renovable de fuentes no convencionales en el Ecuador.

El Ecuador es un país con gran potencial energético de fuentes renovables no convencionales que pueden ser aprovechados de la mejor manera. Es claro que la tecnología para acceder a estos recursos es bastante elevada, razón por la cual el sector privado debe participar en los mismos para su implementación y desarrollo en el país. Si bien la energía es un sector estratégico y a su vez un servicio público, el Estado ecuatoriano no tiene la capacidad económica suficiente ni la tecnología requerida para aprovechar estos recursos renovables no convencionales que podrían beneficiar aún más la demanda de los ecuatorianos, como el autoconsumo en el sector industrial o para el acceso de las zonas rurales.

Desde el plano normativo se ha tratado de sistematizar todas las disposiciones y regulaciones que existen sobre la materia para ir analizándolas o sometiéndolas a comparación con los parámetros internacionales usados en este campo. Este ejercicio ha permitido descubrir que el Ecuador tiene bastante apertura a la IED en general y en tema de energía renovable aún más. Desde la CRE se ha dado impulso a la promoción de esta tecnología y se han desarrollado leyes y programas nacionales que recogen este mandato. Sin embargo, contradictoriamente, no se han expedido normas especiales que desarrollen el tratamiento para la IED en energía renovable, a pesar que el mismo COIP así lo determina. Tampoco existen normas para el tratamiento de implementación y ejecución de proyectos de energía renovable en áreas como solar, eólica, biomasa o geotérmica.

Diversos estudios han empezado a examinar las características normativas e institucionales (política, monetaria, judicial, legal) de los países receptores como determinantes de la IED. La UNCTAD llega a la conclusión de que las características institucionales del país receptor, que combinan su clasificación por lo que respecta al sistema judicial, los obstáculos burocráticos y la corrupción, junto con el tamaño de su mercado, influyen positivamente en las corrientes de IED hacia los países en desarrollo. También, los determinantes de política e institucionales son especialmente importantes en los países en desarrollo, que suelen caracterizarse por tener unas instituciones más débiles y unas normas menos coherentes que los países desarrollados.³⁴⁹

No obstante que un Estado puede realizar actos soberanos internos que abarquen políticas y normativas que permitan establecer mínimos requeridos que ofrezcan

³⁴⁹ UNCTAD, El papel de los acuerdos internacionales de inversión extranjera, 12.

estabilidad a los inversionistas, el mecanismo más recurrido ha sido el acuerdo entre Estados para la protección de las inversiones. Como ya se ha revisado anteriormente, los mecanismos más comunes en el ámbito internacional que se proponen para brindar certeza y seguridad a las inversiones son los Acuerdos Internacionales de Inversión, siendo el más común el tratado bilateral de protección de inversiones.

Es necesario que el Gobierno ecuatoriano analice de manera objetiva, desde los aspectos comerciales, inversiones y con el respaldo de criterios técnico jurídicos sobre relaciones internacionales y derecho internacional público, el asunto sobre si es necesario o no que cuente con este tipo de instrumentos internacionales para asegurar a los inversores extranjeros directos que sus inversiones tienen un respaldo jurídico internacional. De esta manera también, mediante los AII se puede proteger los intereses nacionales, como lo han planteado las Doctrinas Calvo y Drago. Así también, estos nuevos instrumentos pueden contar con cláusulas que regulen aspectos relativos a la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable y obligaciones de los inversionistas frente a estas cuestiones.

Ya que el objetivo primordial de los TBI es la protección jurídica efectiva para quienes deciden invertir en otro país, el Estado receptor debe ofrecer esta protección a través de un marco jurídico en el que los Estados partes se comprometen a cumplir y respetar determinados principios y normas protectoras del inversionista.³⁵⁰ Por ello es fundamental que el Estado ecuatoriano mantenga un ordenamiento jurídico favorable a la IED, que no cambie ni se modifique en el corto plazo.

Un objetivo que debe plantearse el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, es el de revisar, retomar y mejorar el mecanismo denominado “Feed-in tariff”, de tal forma que ofrezca certeza y seguridad a las inversiones en proyectos de energía renovable. La Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica determina que se debe suscribir contratos de concesión con las empresas privadas y de economía popular y solidaria para la ejecución de proyectos incluidos en el Plan Maestro de Electricidad o que, al no estar incluidos, sean propuestos por la iniciativa privada,³⁵¹ considerando la amortización de las inversiones y la obtención de una razonable utilidad durante la duración de este título habilitante.³⁵² Las tarifas y costos de

³⁵⁰ Claudia Elena Salgado Levy, *Materia Tributaria en los Tratados Internacionales de Inversiones Perspectivas y consideraciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar) 2007, 10.

³⁵¹ LOSPEE, art. 29.

³⁵² *Ibíd.*, art. 27.

costos de generación, transmisión, distribución y comercialización, y de alumbrado público general que se aplicarán en las transacciones eléctricas, son determinadas por la ARCONEL, pudiendo fijar tarifas que promuevan e incentiven el desarrollo de industrias básicas, considerando para el efecto la utilización de energías renovables y amigables con el medio ambiente, a precios competitivos y estables y de ser necesarios subsidios.³⁵³

El Estado ecuatoriano debe además empezar a analizar y proponer otros mecanismos de incentivo para la IED en materia de energía renovable como son las subastas realizadas por los Estados. La tendencia global ha sido por un lado mejorar el mecanismo feed-in-tariff y por otro a optar con más frecuencia las subastas. Actualmente, el instrumento de política más popular en América Latina para promover la electricidad renovable es el uso de subastas para adquirir electricidad a partir de fuentes de energía renovables. A la fecha, se han identificado más de 60 subastas de energía renovable en 12 países latinoamericanos: Argentina, Belice, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.³⁵⁴ Estas subastas pueden ser: a). Tecnológicamente neutrales, es decir, abiertas a todas las tecnologías, incluidas las renovables y las no renovables; b). Abierto a todas las energías renovables; o, c). tecnología específica, incluidas las combinaciones de fuentes renovables y renovables / no renovables. La mayoría de los países han combinado diferentes tipos de subastas.³⁵⁵

No obstante contar con estas claras disposiciones sobre las costos y tarifas del sistema de energía eléctrica y sus transacciones, es necesario retomar y mejorar el sistema de “feed-in tariff” para brindar al inversionista la certeza de que su inversión en proyectos de energía renovables es rentable y va a tener asegurado un retorno, pues en el contrato estándar que ha firmado, con el plazo determinado por la ley, conoce de antemano los precios de interconexión y requisitos de distribución, la fijación de tarifas básicas de la electricidad, la estructura de pago, los beneficios por las mercancías adquiridas, los montos a ser comprados, la manera para el ajuste de pagos y los topes y recesos en caso de existir una fluctuación de precios de la electricidad en el mercado.

No se puede omitir que si bien los esfuerzos que haga un Estado, en este caso el ecuatoriano, por atraer IED mediante incentivos fiscales o de otro tipo mediante normativa, políticas o programas estatales, siendo importantes, pero no únicas ni primordiales para atraer estos flujos. Se requiere también revisar las políticas y normas

³⁵³ Ibid., art. 54.

³⁵⁴ IRENA, Market Analysis Latin America 2016, 71-2.

³⁵⁵ Ibid.

sobre restricciones de mercado del país receptor, las medidas proactivas para promover y facilitar la IED y las características del mercado. La decisión de invertir está relacionada con el mercado internacional y las políticas de inversión del receptor. Otras variables que el inversor extranjero considera, además de las políticas y ordenamiento jurídico, es el bajo riesgo económico, social y político; la estabilidad del gobierno; estabilidad democrática; estructura y funcionamiento de la burocracia; un marco legal y regulatorio transparente, estable y confiable; cumplimiento de disposiciones contractuales; aseguramiento de los derechos de propiedad; y, eficiencia de la justicia.³⁵⁶

³⁵⁶ Sarbajit Chaudhuri y Ujjaini Mukhopadhyay, *Foreign Direct Investment in Developing Countries. A Theoretical Evaluation* (Springer: New Delhi, 2014): 10.

Conclusiones

Una vez que se ha realizado un recorrido sobre lo que es la IED, la IED en materia de energía renovable de fuentes no convencionales, su tratamiento en el mundo y el desarrollo normativo en el Ecuador, se han llegado a las siguientes conclusiones:

- La protección de la naturaleza y el avance económico de los Estados es una tarea compleja y difícil de compatibilizar, pero que se puede alcanzar a través de objetivos concretos de desarrollo sustentable. En esta tarea, el Derecho cumple un rol fundamental para regular esta relación. También se debe señalar que la IED además de aportar flujos de capital a los Estados receptores, también permite que se cumplan con los objetivos de desarrollo sustentable y protección del ambiente sin que se menoscabe el crecimiento económico de los países.
- Toda IED, cualquiera que sea su tipo, va a focalizarse a países en los cuales se brinde seguridad económica, seguridad política y sobre todo seguridad jurídica. Respecto a este último punto, si bien es importante que el Estado receptor ofrezca normas claras, especializadas y eficaces, es también fundamental que el sistema judicial sea lo suficientemente ágil y transparente para que el inversor extranjero sienta confianza y seguridad para la resolución de los conflictos que puedan surgir.
- Se debe mantener una claridad absoluta respecto a las normas que regulan el tratamiento de la IED en un Estado, lo que permite proteger no sólo al inversor extranjero y su capital, sino también los intereses y recursos del Estado receptor. Si ambas partes mantienen reglas claras, se evitarían conflictos y arbitrariedades. Aunque lo ideal es que no surjan conflictos, van a existir controversias alrededor de la IED, por lo que también las reglas en cuanto a procedimientos judiciales deben ser claras y precisas para que ni el Estado receptor ni el inversor extranjero queden en desventaja en los tribunales, nacionales o internacionales.
- El Estado ecuatoriano ofrece una apertura a la recepción de IED, siempre que se sujete a la normativa ecuatoriana y los planes de desarrollo nacionales, como lo determina la Constitución de la República del año 2008. Por este motivo, corresponde al Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones desarrollar este mandato constitucional, regulando el acceso, implementación y ejecución de proyectos de IED en el país. Sin embargo, hay que realizar dos puntualizaciones sobre este cuerpo normativo. Primero, el interés nacional respecto a la IED se dirige especialmente al

fortalecimiento del aparato productivo y la producción nacional y no existe un tratamiento para otro tipo inversiones en distintas áreas que aportan significativamente a la economía nacional y que deberían también tener igual tratamiento. Segundo, la promoción de inversiones se ha hecho casi exclusivamente a través de incentivos tributarios que, si bien pueden ser de interés para el inversor extranjero, no son suficientes pues existen otros factores necesarios para la localización de la IEDE, por lo que el Estado ecuatoriano debe analizar los beneficios tributarios existentes en todo el contexto del sistema de inversiones, de tal forma que sean coordinados y coherentes tanto con la promoción de inversiones como a los intereses nacionales, evitando responder a temas coyunturales económicos y políticos que distorsionen el sistema. Adicionalmente, la promoción de inversiones no se agota únicamente en beneficios tributarios como se ha recopilado de la doctrina y experiencia internacional, existen otros estímulos que sería interesante incorporar en la normativa ecuatoriana.

- No existe un tratamiento especializado para otro tipo de IED como energía renovable, turismo, entre otros, lo que ha provocado que el tratamiento general de la IED se haga extensivo para estas áreas que no cuentan con reglas específicas ni con beneficios particulares. El Ecuador debe considerar desarrollar este tipo de normas pues a nivel mundial y especialmente latinoamericano, países como Colombia, Perú, Argentina, Chile, tienen propuestas atractivas para estas IED. Hay que señalar que no se han ofrecido incentivos dirigidos a la IED en energía renovable, que pueden no ser únicamente tributarios sino de otro tipo como las tarifas preferenciales, que hasta el año 2014 se encontraban reguladas en la legislación ecuatoriana. De igual manera, se debe mencionar que no se ha expedido la normativa necesaria que reglamente la materia de IED en energía renovable conforme el mismo COPCI en su Disposición General Primera lo determina. Finalmente, respecto a la norma especializada, se considera trascendental que se revise toda la normativa vigente que regule el área y que se realice una codificación, de tal forma que no existan normas dispersas en diversos cuerpos normativos.
- Es urgente que la autoridad en materia de energía reincorpore a la legislación ecuatoriana la norma que regula el tratamiento de las FIT. Como se había mencionado anteriormente, estuvieron vigentes hasta el año 2014 quedando pendiente la expedición del cuerpo legal que las regula. Si bien los proyectos energéticos anteriores a su derogación mantienen las tarifas preferenciales, no pueden ejecutarse nuevos

proyectos pues no existen reglas claras respecto a la entrada de IED y ejecución de proyectos para nuevas inversiones. Por otro lado, el Estado también debe analizar la tendencia mundial en cuanto a la subasta de proyectos de energía renovable. Ya se tiene la experiencia en cuanto a la venta de bloques de petróleo, gas natural e incluso de minería, por lo que se puede empezar a trabajar en esta propuesta atractiva para la IED.

- El Ecuador cuenta con potenciales fuentes no convencionales de producción de energía renovable que pueden generar proyectos ambiciosos y de gran beneficio para el país que deben ser aprovechados. Primero, porque dinamizarían la economía interna al ofrecer energía más económica para el sector productivo, lo que obviamente generaría empleo. Incluso, con los excedentes de generación eléctrica se puede vender bloques energéticos a países vecinos. Segundo, se comenzaría a dejar la dependencia de ingresos económicos de fuentes no renovables como el petróleo y la minería, que son de gran impacto ambiental. Tercero, un aspecto muy importante que a criterio personal no se analiza a fondo, es la posibilidad de transferencia de conocimiento y tecnología, pues la IED no solamente implica el flujo de capital.

Bibliografía

Publicaciones

- Anzola Gil, Marcela, “Las normas de inversión en el Marco de la Comunidad Andina y G-3”. En Philippe De Lombaerde, *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Baetens, Freya, ed., *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Bertelsmann Stiftung, *BTI 2018 Country Report — Ecuador*. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung, 2018.
- Bradlow, Daniel y Alfred Escher, edit. *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*. La Haya: Kluwer Law International, 2015.
- Chaudhuri, Sarbajit y Ujjaini Mukhopadhyay, *Foreign Direct Investment in Developing Countries. A Theoretical Evaluation*. Springer: New Delhi, 2014.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La IED en América Latina y el Caribe 2017* (LC/PUB.2017-18P). Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2017.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2018*. Santiago: CEPAL, 2018.
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Informe nuestro futuro común*. New York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2003*. Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2003.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, *Creating an institutional environment conducive to increased foreign investment and sustainable development*. Accra: Naciones Unidas, 2008.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de IED hacia los Países en Desarrollo*. Ginebra: UNCTAD, 2009.

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2010: Invertir en una economía de bajo carbono*. Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2010.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Advisory Series. Series A, number 7. Promoting low-carbon investment*. Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2013.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2014 - Panorama General*. Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2014.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2017: Inversión y economía digital*. Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2017.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión*. Ginebra: UNCTAD, 2017.
- Cordonier Segger, Marie-Claire et al., *Sustainable Development in World Investment Law*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2011.
- Erka, Mustafa, *International Energy Investment Law. Stability through Contractual Clauses*. La Haya: Kluwer Law International.
- Esteve Pardo, José, *Derecho del medio ambiente*, 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Ferroukhi, Rabia, Diala Hawila, Salvatore Vinci and Divyam Nagpal, *Renewable Energy Auctions: A Guide to Design*. Abu Dabhi: IRENA, 2015.
- Fondo Monetario Internacional, *Balance of Payments Manual Fifth Edition (BPM5)*. Washington D. C.: Fondo Monetario Internacional, 1993.
- Folsom, Ralph, et al., *Principles of International Business Transactions Third Edition*. St. Paul: WEST, 2013.
- Frankfurt School-UNEP, *Global Trends in Renewable Energy Investment 2017*. Frankfurt: Frankfurt School-UNEP Centre, 2017.
- Friedland, Jerold A., *International Business and Financial Transactions*, 4ta ed. Chicago: Matthew Bender & Company / LexisNexis, 2014.
- Garavito, Aarón, et al., *IED en Colombia: Evolución reciente y marco normativo*. Bogotá: Banco de la República de Colombia, 2012.

- Garriga Suau, Georgina, “Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)”. En Jorge Luis Collantes González, edit., *Derecho Internacional económico y de las inversiones extranjeras*. Lima: Palestra, 2009.
- Gillman, Eric, “The end of investor-State arbitration in Ecuador? An analysis of article 422 of the Constitution of 2008”, en *The American Review of International Arbitration*, vol. 19, No. 2, Washington & Lee Law School: 2008.
- Gorden, Kathryn, Joachim Pohl, Marie Bouchard, *OECD Working Papers on International Investment. Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey*. Paris: OECD Publishing, 2014.
- Guerra, Gustavo, *Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la IED en el Ecuador*. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre, 2012). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012.
- International Energy Agency, *Environmental and health impacts of electricity generation. A comparison of the Environmental Impacts of Hydropower with those of other Generation Technologies*. Paris: IEA, 2002.
- International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy in Latin America 2015: An Overview of Policies*. Abu Dhabi: IRENA, 2015.
- International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy Policy Brief: Ecuador*. Abu Dhabi: IRENA, 2015.
- International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy Market Analysis: Latin America*. Abu Dhabi: IRENA, 2016.
- Jacobs, David et al., “Analysis of Renewable Energy Incentives in the Latin American and Caribbean Region: The Feed-in Tariff Case”, 602. *Energy Policy*, Ed. 60. Elsevier, 2013.
- Kokkinou, Aikaterini y Ioannis Psycharis, “Foreign Direct Investment: Explaining the Regional Location Determinants in South-Eastern European Countries”. En George M. Korres, edit., *Regionalism, Growth, and Economic Integration*. Heidelberg: Physica-Verlag, 2007.
- Macías Gómez, Luis Fernando, “El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional.” En *Iuris*

- Dictio: Revista de Derecho, Vol. 12, Núm. 14. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2014.
- Masapanta Gallegos, Christian, *Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (Caso No. 0006-10-TI)*. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre 2012). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.
- Muller, Simon, et all, *Renewable Energy. Policy considerations for renewable*. Paris: IEA, 2011.
- Objetivos del desarrollo del milenio y más allá del 2015*.
<<http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>>
- Organización Mundial de Trabajo, Nota de prensa No. 57, de 9 de octubre de 1996.
Trade and Foreign Direct Investment.
<https://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.html>
- Organización de las Naciones Unidas, *PODEMOS ERRADICAR LA POBREZA*.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Definición marco de IED*, 4ta. Ed. OCDE, 2010.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Work on Sustainable Development*. París: OCDE, 2011.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, *Glosario sobre el cambio climático y bioenergía*. FAO: Roma, 2009.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Definición marco de IED*, 4ta. Ed. OCDE, 2010.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Defining and Measuring Green FDI. An exploratory review of existing work and evidence*. Paris: OECD, 2011.
- Perrone, Nicolás, *Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?*, Foro 17 (I Semestre, 2012). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012.
- Prieto, Gustavo, *Evolución del derecho internacional de las inversiones: hacia un régimen global estable*. Foro: Revista de Derecho, No. 17 (I Semestre,

- 2012). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2012.
- Prieto, Gustavo, *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2013.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Green Foreign Direct Investment in developing countries*. Ginebra: UNEP, 2017.
- Renewable Energy Policy Network for the 21st Century, *Renewables 2017: Global Status Report*. Paris: REN21 Secretariat, 2017.
- Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”. En Philippe De Lombaerde, edit., *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Salgado Levy, Claudia, *Materia Tributaria en los Tratados Internacionales de Inversiones Perspectivas y consideraciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.
- Salgado Levy, Claudia, *La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones*. Foro: Revista de Derecho 18 (II Semestre, 2012). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012.
- Secretaría de Energía de la República de Argentina, *Energías renovables. Diagnóstico, barreras y propuestas*. Secretaría de Energía: Buenos Aires, 2009.
- Shihata, Ibrahim, *Legal Treatment of Foreign Investment: “The World Bank Lines”*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Sornarajah M., *International Law on Foreign Investment*, 2da. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Soro Mateo, Blanca. “El derecho administrativo y la protección del medio ambiente”. En Justicia ecológica y protección del medio ambiente, Coord. Teresa Vicente Giménez. Madrid: Trotta, 2002.
- Tempone, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

- United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investments, Agreements II*. New York and Geneva: UNITED NATIONS, 2012.
- United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*. Ginebra: Publicaciones de las Naciones Unidas, 2017.
- Vallejo, Sandro, Galo Maldonado, *Los convenios para evitar la doble imposición*. Quito: Fiscalidad SRI.
- Van Rijkeghem, Willy y Fernando Quevedo, “IED en América Latina: una revisión de sus determinantes domésticos”. En Philippe De Lombaerde, *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Yábar Sterling, Ana, directora. *La protección fiscal del medio ambiente: aspectos económicos jurídicos*. Madrid: Ediciones Jurídicas Sociales, 2002.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Declaración de Santiago, Santiago de Chile, 27 de septiembre de 2012.
- Decisión 291 de la Comunidad Andina, 21 de marzo de 1991

NORMATIVA ECUATORIANA

- Ecuador: *Agenda Nacional de Energía 2016-2040*. 2016.
- Ecuador: *Codificación de la Regulación No. CONELEC 001/13 para: “La participación de los generadores de energía eléctrica producida con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales”*. 2013.
- Ecuador: *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*”. Registro Oficial Suplemento No. 351, 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador: *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, en Registro Oficial No. 303, 19 de octubre de 2010.
- Ecuador: *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998]
- Ecuador: *Decreto Ejecutivo No. 1823*, de 2 de julio de 2009.
- Ecuador: *Decreto Ejecutivo No. 675*. Registro Oficial No. 512, 1 de junio de 2015.
- Ecuador: *Decreto Ejecutivo No. 776*. Registro Oficial No. 459, 31 de mayo del 2011
- Ecuador: *Ley de Gestión Ambiental*. Registro Oficial No. 418, Suplemento, 10 de septiembre de 2014.

- Ecuador: *Ley de Hidrocarburos*. Registro Oficial No. 711, 15 de noviembre de 1978.
- Ecuador: *Ley de Minería*. Registro Oficial No. 57, Suplemento, 29 de enero de 2006.
- Ecuador: *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas*. Registro Oficial No. 653, 18 de diciembre de 2015.
- Ecuador: *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial, Suplemento, No. 418, 16 de enero de 2015.
- Ecuador: *Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas*. Registro Oficial No. 744, 29 de abril de 2016.
- Ecuador: *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento, No. 242, 29 de diciembre de 2007.
- Ecuador: *Marco Institucional para incentivos ambientales*. Registro Oficial No. 387, 04 de noviembre de 2015.
- Ecuador: *Plan Maestro de Electricidad 2016-2025*. 2017.
- Ecuador: *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida*. 2017.
- Ecuador: *Plan Nacional de Eficiencia Energética*. 2017.
- Ecuador: *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y los mecanismos e instrumentos de fomento productivo*. Registro Oficial No. 450, 17 de mayo de 2011.
- Ecuador: *Reglamento de aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas*. Registro Oficial Suplemento II, No. 336, 14 de mayo de 2008.
- Ecuador: *Reglamento del régimen de colaboración Público-Privada*. Registro Oficial No. 453, 6 de marzo de 2015).
- Ecuador: *Reglamento General de la Ley de Minería*. Registro Oficial No. 67, Suplemento, 16 de noviembre de 2009.
- Ecuador: *Regulación CONELEC – 008/08 Procedimientos para presentar, calificar y aprobar los proyectos del FERUM*. 2008.
- Ecuador: *Resolución ARCONEL-031/16*. 2016.
- Ecuador: *Regulación ARCONEL – 004/15 Requerimientos técnicos para a conexión y operación de generadores renovables no convencionales a las redes de transmisión y distribución*. 2015.
- Ecuador: *Resolución COMEX No. 011-2015*. Registro Oficial, Suplemento, No. 456, 11 de marzo de 2015.

Ecuador: *Resolución COMEX No. 016-2015*. Registro Oficial, Suplemento, No. 483, 20 de abril de 2015.

Ecuador: *Resolución COMEX No. 036-2015*. Registro Oficial, No. 509, 18 de septiembre de 2015.

JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador No. 023-10-DTI-CC, de 24 de junio de 2010. Caso del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital.